

FACULTÉ DE DROIT DE L'UNIVERSITÉ DE BORDEAUX

DROIT NATUREL ET DROIT POSITIF
EN
DROIT INTERNATIONAL PUBLIC
(ÉTUDE DE MÉTHODE)

DOCTORAT DE L'UNIVERSITÉ DE BORDEAUX

MENTION « DROIT »

THÈSE

SOUTENUE DEVANT LA FACULTÉ DE DROIT DE BORDEAUX

le Mardi 7 Juillet 1931, à 9 heures du matin

PAR

Hans K. E. L. KELLER

Docteur ès sciences politiques de l'Université de Munich.

LIBRAIRIE
DU
RECUEIL SIREY

(SOCIÉTÉ ANONYME)

22, Rue Soufflot, PARIS, 5^e

1931



Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41548422_0097

FACULTÉ DE DROIT DE L'UNIVERSITÉ DE BORDEAUX

DROIT NATUREL ET DROIT POSITIF
EN
DROIT INTERNATIONAL PUBLIC
(ÉTUDE DE MÉTHODE)

DOCTORAT DE L'UNIVERSITÉ DE BORDEAUX

MENTION « DROIT »

THÈSE

SOUTENUE DEVANT LA FACULTÉ DE DROIT DE BORDEAUX

le Mardi 7 Juillet 1931, à 9 heures du matin

PAR

Hans K. E. L. KELLER

Docteur ès sciences politiques de l'Université de Munich.

LIBRAIRIE

DU

RECUEIL SIREY

(SOCIÉTÉ ANONYME)

22, Rue Soufflot, PARIS, 5^e

1931

FACULTÉ DE DROIT DE L'UNIVERSITÉ DE BORDEAUX

PROFESSEURS HONORAIRES :

MM. SAUVAIRE-JOURDAN, ✱ I.; BARDE, ✱, ✱ I.; LESCURE, ✱ I., ✱;
DE BOECK, ✱, ✱ I.; NOAILLES, ✱ A.

MM. FERRON, ✱, ✱ I., *Doyen*, professeur de *Droit commercial*.
BENZACAR, ✱, ✱ I., professeur d'*Economie politique*.
FERHADOU, ✱ I., *Assesseur du Doyen*, professeur d'*Histoire du droit* et chargé d'un cours d'*Histoire du droit privé* et d'un cours d'*Histoire du droit public* (Diplômes d'études supérieures).
MARIA, ✱ I., professeur de *Droit romain*.
MARGAT, ✱ I., professeur de *Droit civil* et chargé d'un cours de *Droit international privé* (Licence).
BONNECASE, ✱ I., professeur de *Droit civil* et chargé d'un cours de *Droit maritime* (3^e année).
PALMADE, ✱ A., ✱, professeur de *Droit civil*.
VIZIOZ, ✱ A., professeur de *Procédure civile* et chargé d'un cours de *Droit civil comparé* (Diplôme d'études supérieures).
BONNARD, ✱ I., ✱, professeur de *Droit administratif* et chargé d'un cours de *Droit constitutionnel comparé* (Diplôme d'études supérieures).
POPLAWSKI, ✱ I., professeur de *Droit criminel* et chargé d'un cours de *Législation industrielle*.
BOYÉ, ✱ A., ✱, professeur de *Droit romain*.
MOUNIER, ✱ I., professeur d'*Economie politique*, chargé d'un cours d'*Histoire des doctrines économiques* (Diplôme d'études supérieures).
BIBIÉ, ✱, ✱, professeur de *Droit international public*.
RÉGLADE, professeur de *Droit constitutionnel et administratif*.
GARRIGOU-LAGRANGE, agrégé, chargé d'un cours de *Législation financière* (3^e année), d'un cours d'*Economie politique* (Diplôme d'études supérieures) et d'un cours de *Législation coloniale* (3^e année).
LABORDE-LACOSTE, ✱ A., professeur à la Faculté de droit d'Aix, chargé d'un cours de *Droit civil* (Licence), des cours de *Droit civil* (Capacité) et d'un cours d'*Enregistrement*.
HUBRECHT, chargé de cours (*Droit romain*).
ROUSSEAU, chargé de cours (*Droit international public*).

M. BEAUDUN, ✱ I., *Secrétaire*.
M^{me} COSTES, *Secrétaire adjointe*.
M^{me} SOUBIE, *Bibliothécaire*.

COMMISSION DE LA THÈSE

MM. BONNARD, professeur *Président*.
GARRIGOU-LAGRANGE, agrégé } *Suffragants*.
ROUSSEAU, chargé de cours }



PLAN

	Pages
INTRODUCTION.....	1
CHAPITRE PREMIER. — <i>La jurisprudence doit-elle juger ou seulement systématiser (Ricstende und ordnende Jurisprudenz)?</i>	9
<i>Section I.</i> — L'idée de droit dynamique acquise par la voie d'une analogie entre l'économie politique et la jurisprudence	9
<i>Section II.</i> — Le dualisme du positivisme juridique et du droit naturel dans l'histoire de la politique et du droit international public.....	25
CHAPITRE II. — <i>En quel sens peut-on invoquer aujourd'hui un droit naturel?</i>	36
<i>Section I.</i> — La portée de la valeur des jugements du droit naturel statique.....	36
<i>Section II.</i> — Du rôle du droit naturel dynamique.	49
CHAPITRE III. — <i>Du droit positif prenant sa base en lui-même.</i>	55
<i>Section I.</i> — De la force obligatoire du droit international public.....	55
<i>Section II.</i> — Droit naturel dynamique et évolution du droit positif.....	76
NOMS DES AUTEURS.....	93

INTRODUCTION

La présente étude a pour objet d'exposer comment se sont distribués les rôles entre la théorie du droit naturel et le positivisme juridique dans le « combat pour la méthode », qui a dominé l'histoire du droit international public dès son origine. Il s'agira de savoir si en bonne méthode la jurisprudence⁽¹⁾ ne doit tenir compte que du droit positif, ou bien si elle doit faire intervenir dans ses recherches un certain droit naturel et comment elle doit envisager la position et le rôle de ce droit naturel par rapport au droit positif.

Cette étude a pris son inspiration à la fois dans la doctrine française et dans la doctrine allemande. C'est aussi pour des raisons d'ordre personnel que nous citons la doctrine française en premier lieu. Nous venons de finir un ouvrage⁽²⁾, qui traite de

(1) Nous utilisons ici le mot « jurisprudence » non dans le sens de *Rechtsprechung*, qui est le sens habituel en français, mais comme synonyme du mot allemand « *Jurisprudenz* », qui désigne la théorie du contenu du droit (*Rechtsinhaltslehre*) et qui s'oppose à la théorie pure du droit (*reine Rechtslehre*), qui traite de la matière juridique abstraction faite de son contenu. (V. FÉLIX SOMLÓ, *Juristische Grundlehre*, 2. Aufl., Leipzig, 1927, p. 2).

(2) Cf. HANS K. E. L. KELLER, *Naturrecht und Positivismus in der Methodik der völkerrechtlichen Wissenschaft in Frankreich*, Kiel, 1931. (Sous presse.)

l'évolution historique des méthodes suivies par les esprits français qui ont consacré une part de leurs réflexions aux problèmes des relations internationales, et nous espérons pouvoir présenter bientôt une traduction française de ce travail. Mais nous puisons également notre inspiration dans la doctrine allemande.

En matière de droit, il semble que les Français ont une conception très différente de celle des théoriciens allemands. Mais la différence ne s'épuise pas, comme le croit ALFRED FOUILLÉE, lorsqu'il dit : « L'Allemagne matérialise le droit que la France idéalise à l'excès. » (3).

En France, le droit est généralement conçu sous la forme du droit naturel. Il va sans dire que le fait qu'une règle de droit est ou n'est pas en vigueur ne peut pas constituer un critérium du droit lui-même. Mais, dans ce cas, il n'empêche qu'on s'éloigne de la réalité, en voulant appeler « droit », ce qui n'est pas encore dans les faits. C'est au législateur que se trouve dévolue la tâche de reconnaître et de formuler ce droit idéal; la critique n'a plus alors qu'à discuter s'il l'a bien relevé dans les faits, s'il l'a bien « constaté ».

Tandis que le rationalisme français formule le droit idéal et charge le législateur de le réaliser, le juriste allemand ne voit dans le droit idéal qu'un guide dans la formation du droit réel, semblable en cela au navi-

(3) ALFRED FOUILLÉE, *L'idée moderne du droit en Allemagne, en Angleterre et en France*, Paris, 1878, p. 258.

gateur, qui ne peut jamais atteindre l'étoile, dont les feux lui servent de guide.

Pour le Français, l'idéal qui se trouve présent en lui, quoiqu'il n'en ait pas toujours connaissance et conscience, n'attend que d'être suscité pour se manifester dans toute sa plénitude. Au contraire, pour l'Allemand, l'idéal apparaît sous la forme d'un rêve, d'une espérance qui, semblable à une déesse ailée, le précède dans sa marche et que l'homme, rivé à la terre, ne pourra jamais posséder. L'idéal est une soif d'infini, qui demeure toujours inassouvie, comme l'a exprimé le poète :

*Efforce-toi vers l'idéal, mais jamais tu ne l'atteindras;
Heureux déjà si tu as pu t'en rapprocher* ⁽⁴⁾.

L'idée de parvenir à l'idéal tourmente sans cesse l'Allemand, tandis que le Français a réglé clairement une fois pour toutes ses rapports avec l'idéal, et il peut alors, en toute tranquillité d'âme, se tourner vers la réalité.

Mais si nous nous sommes inspiré de ces deux esprits et de ces deux doctrines, ce serait mal nous comprendre que de croire qu'il est dans nos intentions d'adopter cette position intermédiaire, si âprement critiquée par FRÉDÉRIC NIETZSCHE, lorsqu'il parle de « ces brasseurs d'idées médiocres et brouillons ». Sur une méthode de procéder aussi peu scientifique,

(4) *Strebe zum Ideal, doch erreichen wirst du es nimmer,
Bist du weiter gelangt, hast du das Deine getan.*

(FR. SCHILLER.)

BLUNTSCHLI s'exprime de la façon suivante : « Quand des deux côtés se trouvent des adversaires loyaux, beaucoup ont tendance à s'incliner par politesse devant les deux partis. Mais il en résulte que, comme les deux partis sont l'un à droite, l'autre à gauche, ils sont obligés à leur grande contrariété de tourner alternativement le dos à chacun d'eux » (5).

Si l'on veut prendre des adversaires loyaux vraiment au sérieux, il faut s'efforcer de les comprendre. De plus, on ne doit pas seulement les juger de son propre point de vue ou de celui d'un autre pour leur donner telle ou telle étiquette. Si l'on range dans un même système des créations d'esprit différentes, ce qu'il y a en elles de meilleur, le parfum, la note personnelle, se perd toujours, et ce n'est qu'une faible consolation que de ne pouvoir classer dans un herbier que des fleurs desséchées (M. WERNER SOM-BART).

Notre recherche ne vise pas seulement à un rôle de conciliation sans indépendance. Mais elle vise d'une manière nouvelle et appropriée à expliquer et peut-être à résoudre la vieille opposition entre les théories du droit naturel et le positivisme juridique.

Il peut paraître présomptueux de vouloir apporter aujourd'hui du nouveau dans les questions de mé-

(5) Dr. BLUNTSCHLI, *Die modernen Rechtsschulen der deutschen Juristen*, Zürich und Frauenfeld, 1841, p. 6 : « Wo auf beiden Seiten ehrenwerte Streiter stehen, da sind viele geneigt schon aus Höflichkeit sich vor beiden Teilen zu verbeugen, wobei si denn aber, da rechts und links Parteien stehen, hinwieder zu ihrem Verdrusse genötigt sind adwechselnd beiden den Hintern zuzukehren. »

thode. Nous croyons pourtant n'avoir pas perdu notre temps en essayant de refondre dans des formules personnelles ce que d'autres ont déjà exprimé mieux que nous ne pourrions le faire.

Nos directives ont été les suivantes :

RUDOLF VON IHERING raillant une certaine « auto-fécondation juridique » (*juristische Selbstbefruchtung*), nous croyons justifiable une méthode qui ne se contente pas de rester dans les cadres rigides de la science du droit.

Notre point de départ a été de vouloir utiliser pour la théorie du droit international public une certaine analogie tirée de l'économie politique. C'est sur cette analogie que repose la distinction que nous faisons entre le droit naturel statique et le droit naturel dynamique et que nous mettons à la base de cette recherche. Nous partons de cette idée que la jurisprudence est, tout comme l'économie politique, d'après certains, non seulement une science de systématisation, mais aussi une science de jugement, c'est-à-dire que la tâche de la jurisprudence est non seulement de constater et de systématiser le contenu des ordonnancements juridiques positifs, mais aussi d'apprécier et de critiquer ce contenu en vue d'en assurer le développement et le progrès.

Mais alors il s'agit de savoir quelle va être la base de cette science de jugement du droit positif : sur quoi va-t-elle s'appuyer pour apprécier et critiquer ? Cette base est le droit naturel, mais le droit naturel conçu d'une certaine façon, conçu au point de vue dynamique et non au point de vue statique.

Nous tâcherons de déterminer le genre de valeur (Geltungscharakter) des appréciations formulées par le droit naturel statique, de manière à éclairer les rapports de cette discipline avec le droit positif d'une façon qui ne puisse prêter à confusion. Nous aurons à lui opposer le rôle joué par le droit naturel dynamique.

Le droit positif est représenté comme découlant d'une source positive ou, si l'on préfère, d'une source volontariste. Nous sommes conduits à cette constatation par l'expérience que le droit positif est le reflet de la lutte des puissances politiques et sociales et qu'il est pour ainsi dire d'une nature hétéronome, c'est-à-dire un droit imposé. La théorie de l'insuffisance de la Raison, que nous avons développée l'an dernier pour l'économie sociale ⁽⁶⁾, trouve donc encore ici son application.

Dans le point de vue de M. RUDOLF LAUN, d'après lequel le droit positif ne représente pas un devoir moral (Sollen), mais seulement une obligation conditionnée (bedingtes Müssen), nous croyons reconnaître la conception classique de la doctrine française, d'après laquelle le droit n'est pas une œuvre d'arbitraire. Le droit a besoin de l'adhésion de ceux qui lui sont soumis, s'il veut être assuré de sa durée. Le droit hétéronome doit devenir un droit autonome, c'est-à-dire un droit accepté.

(6) Cf. HANS K. E. L. KELLER, *Ein Quantenproblem der Sozialwirtschaftslehre, Die Unzulänglichkeit der Ratio*, München, 1930. (Sous presse.)

Or, précisément, le droit naturel dynamique peut jouer un rôle décisif pour ce passage de l'hétéronomie à l'autonomie du droit. Car influencer et agir sur la forme du droit positif, telle est la portée d'action du droit naturel dynamique. Il exprime les desiderata de ceux qui ne se trouvent pas satisfaits du droit positif et pousse au développement et au progrès de ce dernier.

Notre but a été, après avoir dégagé ces prémisses méthodologiques, d'en faire l'application au droit international public. Nous avons voulu faire ressortir qu'en ce qui le concerne la jurisprudence ne peut pas se borner à faire œuvre de systématisation, qu'elle doit aussi faire œuvre de jugement, c'est-à-dire procéder à l'examen critique du droit international positif, et cela en s'appuyant sur le droit naturel dynamique. La jurisprudence pourra ainsi collaborer utilement au développement et au progrès du droit international et en faire un droit autonome, là où il n'est qu'un droit hétéronome, un droit accepté au lieu d'un droit imposé.

Toute théorie, qui est une œuvre personnelle, fait partie intégrante de son auteur. Nous nous sommes efforcé de ne pas nous borner à jouer un rôle intermédiaire. Le résultat auquel nous sommes arrivé se trouve pourtant à mi-chemin entre les points de vue caractérisés comme proprement français et allemand. Qu'on veuille bien reconnaître qu'une réflexion personnelle nous y a conduit, et non un certain goût pour les moyens termes.

CHAPITRE PREMIER

LA JURISPRUDENCE DOIT-ELLE JUGER OU SEULEMENT SYSTEMATISER ? (RICHTENDE UND ORDNENDE JURISPRUDENZ)

SECTION PREMIERE

L'idée de droit dynamique acquise par la voie
d'une analogie entre l'économie politique
et la jurisprudence.

Nous nous proposons tout d'abord de montrer que, de même que pour l'économie politique, on peut distinguer pour la jurisprudence une science de systématisation et une science de jugement.

Nous nous poserons ensuite la question de savoir si, par analogie avec l'économie politique, où l'on trouve un procédé statique et un procédé dynamique, la jurisprudence en tant que science de jugement peut comprendre aussi ces deux procédés et si en conséquence elle doit s'appuyer sur un droit naturel statique ou sur un droit naturel dynamique.

Enfin, nous voudrions établir que le droit naturel dynamique constitue le seul appui solide pour la jurisprudence, qui veut être science de jugement.

1. — Dans son dernier ouvrage, qui a soulevé tant de polémiques, M. WERNER SOMBART a distingué trois sortes d'économies politiques ⁽¹⁾. Sans nous attacher aux mots, nous examinerons ce qu'apporte à la théorie du droit international public sa distinction entre une science de jugement et une science de systématisation. Cette distinction dans l'œuvre de M. WERNER SOMBART est peut-être trop accentuée à raison de ce qu'il veut atteindre des types très nettement définis. Cependant, cette distinction, qui, d'ailleurs, ne date pas d'aujourd'hui, peut révéler une différence fondamentale de méthode et une idée qui, comme tant d'autres, au moment de la conception, éclaire les rapports et les oppositions, mais qui déçoit si, après l'avoir acceptée, on la pousse trop loin.

On conçoit que la transposition de ce principe de distinction dans la jurisprudence n'oblige pas à reconnaître les conclusions de M. WERNER SOMBART, qui rejette pour l'économie politique, en ce qui le concerne, la méthode de systématisation de même que la méthode de jugement.

Cette distinction consiste essentiellement en ceci : Une science de systématisation met en système ce qui est, après en avoir constaté l'existence; en jurisprudence, la systématisation porte sur le droit positif. Une science de jugement apprécie et critique ce qui

(1) WERNER SOMBART, *Die drei Nationalökonomien. Geschichte und System der Lehre von der Wirtschaft*, München und Leipzig, 1930.

est, en vue de provoquer sa modification. En jurisprudence, la science de jugement visera le contenu du droit positif en vue de l'améliorer.

L'économie sociale n'est pas une science normative. Si pourtant nous ne tenons pas compte du principe d'économie dans la création de conceptions nouvelles (RUDOLF VON IHERING : « Gesetz der logischen Sparsamkeit »), si nous transposons dans la jurisprudence cette distinction entre une science de systématisation et une science de jugement, c'est bien que nous considérons l'admission de ces concepts comme profitable pour rendre plus clair dans la jurisprudence un point depuis si longtemps contesté. Cette distinction, en effet, nous révèle le double caractère, dogmatique et théorique, de la jurisprudence : dogmatique en tant que science de systématisation, théorique en tant que science de jugement.

Mais comment la transposition des concepts appartenant à l'économie politique, dans la science du droit, peut-elle se justifier? Ne suffirait-il pas, pour rendre justifiable cette application, de rappeler le fait que l'évolution de l'esprit humain s'est fait sentir également dans tous les domaines? La dogmatique de l'économie politique, il est vrai, aussi bien que la théorie de la jurisprudence, ont été influencées de la même façon, dans le cours de leur formation, par le développement général de l'esprit humain, et, pour cette raison, sont dans un certain sens apparentées. Il semble bien que l'influence nivellante de la direction dominante de l'esprit l'ait emporté par moments sur

la conscience des différences essentielles de ces deux branches d'enseignement. On peut en effet constater les faits historiques suivants.

Le but des scolastiques du moyen âge était de connaître *quod Deo placere possit* (SAINT THOMAS D'AQUIN). Dieu a révélé quelle est la véritable économie, quel est le droit naturel. Il n'y avait donc lieu qu'à rechercher et expliquer la parole divine.

La Renaissance, qui a tout sécularisé, a dépouillé le droit et l'économie de leur mysticisme. La pensée positiviste, née du nouvel attachement au droit romain, l'esprit du rationalisme d'Etat, se font jour dans les ouvrages des juristes, de même qu'ils impriment leur caractère aux écrits des mercantilistes.

Le « siècle des lumières » a introduit la notion de l'ordre naturel dans la jeune science de l'économie politique, tout comme il a donné un nouveau sens — dynamique — à la notion du droit naturel.

Les tendances historiques des romantiques permettent un nouvel essor à la science de l'économie sociale comme à la jurisprudence.

Les doutes concernant les éléments fondamentaux, doutes qui surgissent vers la fin du xix^e siècle dans toutes les disciplines, engendrent dans le domaine de l'économie politique le « combat pour la méthode » et une certaine préférence pour les recherches théoriques, de même que dans la jurisprudence un « combat pour la méthode » analogue provoque la « renaissance du droit naturel ».

2. — Cependant, on peut se demander si cette assi-

milation méthodologique entre l'économie politique et la jurisprudence est possible, car on oppose fortement science économique et science juridique. On a pris l'habitude de définir la différence entre ces deux branches d'enseignement en qualifiant l'économie politique de science de l'être (Seinswissenschaft) et, par opposition, la science du droit de science du devoir-être (Wissenschaft vom Seinsollen). Loin de contester qu'une pareille opposition ne soit bien fondée, nous croyons indiqué de nous demander comment il faut l'entendre.

On peut entendre par science du devoir-être soit la recherche du contenu qu'ont les normes de la conduite humaine, soit la recherche du contenu qu'elles doivent avoir. A cet égard, M. FRANÇOIS GÉNY dit : « S'agissant ici d'un problème de « normes », il ne suffit pas de relever ce qui est, il faut savoir si cela doit être ainsi. »⁽²⁾. Or, nous estimons que le juriste, en sa qualité de théoricien, ne doit pas déclarer que toute réglementation qu'il croit désirable est du droit. Il doit se borner, en tant que théoricien, à dégager les règles qui sont données par la vie même, et en outre, dans son rôle de dogmatique, il a à interpréter le droit positif. D'autre part, l'économiste peut avoir, en bonne méthode, qualité pour juger quand il s'agit de déterminer l'attitude qui devrait s'imposer aux ouvriers, aux capitalistes, aux propriétaires fon-

(2) FRANÇOIS GÉNY, *Science et Technique en droit privé positif. Nouvelle contribution à la critique de la méthode juridique*, t. II, Paris, 1915, p. 50.

ciers. Et pourtant sa science n'est pas une science normative.

On pourrait être tenté d'objecter que l'économiste, s'il juge ainsi du devoir-être, ne formule que ses opinions subjectives et quitte le domaine de la science. Il en est ainsi, en vérité, mais la théorie de l'économie politique permet à chaque instant, grâce à la logique infailible de son système statique, d'examiner et de calculer la portée et les suites, même lointaines, d'une opération quelconque et de prévoir ainsi les tendances et la façon suivant laquelle l'organisme économique réagira à cette intervention. La méthode statique en jurisprudence, d'autre part, ne fournit pas un tel instrument de contrôle, puisqu'elle ne peut permettre que d'examiner un projet de norme du point de vue du droit positif (simplifié et systématisé), que le même projet est appelé à modifier. Et si l'on cherche le critérium exigé au delà du droit positif, on n'a plus de théorie juridique à proprement parler, on n'a que des théories économiques, historiques et éthiques, qui permettent peut-être de juger de la valeur d'un projet de norme en tant que projet économique, politique ou moral, mais qui ne permettront jamais de juger de son caractère spécifiquement juridique.

Il ne rentre donc pas dans la tâche de la jurisprudence de rechercher toutes les normes désirables, car ces normes ne sont au fond pas forcément des normes juridiques. La jurisprudence a seulement à constater et à systématiser le droit positif existant et,

en outre, à rechercher en vue de l'amélioration du droit existant les règles qui paraissent être imposées par la nature des choses et sont susceptibles de remplacer les règles existantes. La jurisprudence est donc science de systématisation en tant qu'elle travaille sur le droit positif existant pour l'organiser, et science du jugement en tant qu'elle critique le droit positif et qu'elle tâche de dégager, pour améliorer le droit positif, des règles procédant non d'une conviction ou d'un sentiment subjectifs, mais imposées par la vie et par la nature des choses.

Ainsi la jurisprudence, si elle veut être une science du droit existant, ne doit considérer que la partie : être ou devoir être. Mais si la science du droit ne se borne pas à l'étude du droit positif, on pourrait se demander si elle peut prétendre au nom de science. La possibilité de prétendre à ce titre dépend de la question de savoir si, pour le décerner, on doit tenir compte de la méthode ou plutôt du résultat. En tout cas, les résultats d'une science qui formule des normes (M. FÉLIX SOMLÓ : « normsetzende Wissenschaft ») ne pourront jamais avoir la prétention d'être universellement valables (allgemeingültig). « La question de savoir comment une chose doit être n'ayant pas de signification absolue, mais plutôt seulement une signification relative à une catégorie déterminée de normes, la politique du droit se divise nécessairement en autant de disciplines qu'on se sert de différents points de vue normatifs. Il n'existe pas qu'un seul idéal, l'Idéal, car ce concept ne peut être précisé que

relativement à une espèce déterminée de normes. » (3).

Aussi M. ERNST VON BELING insiste-t-il sur la signification fondamentale du substratum réel pour la théorie du droit : « Ce qu'il y a de particulier dans la formation des concepts juridiques repose sur le fait que l'ordonnancement juridique est une donnée empirique, qui représente déjà par lui-même un facteur de formation de concepts. » (4).

Ainsi la science du droit positif, c'est-à-dire du droit qui est en vigueur et qui, le cas échéant, peut être appliqué par la force, est la seule science juridique ayant un contenu objectif, tout à fait en dehors de l'arbitraire de l'auteur. Son but pratique ressort des paroles de M. ERICH JUNG : « La science du droit en vigueur a pour tâche d'exposer le droit contenu dans les règles reçues, de le dominer dialectiquement et de le réduire en concepts dogmatiques. Cette mise en forme ne sert pas seulement au but de l'enseignement. Le degré de développement conceptuel atteint par une masse juridique est au contraire

(3) ALF ROSS, *Theorie der Rechtsquellen. Ein Beitrag zur Theorie des positiven Rechts auf Grundlage dogmenhistorischer Untersuchungen*, Leipzig u. Wien, 1929, p. 10 : « Da die Frage, wie etwas « sein soll », keine absolute Bedeutung hat, vielmehr nur eine relative hinsichtlich einer bestimmten Normart, so zerfällt die Rechtswissenschaft notwendigerweise in ebensoviele Disziplinen, wie verschiedene normative Gesichtspunkte zur Anwendung kommen. Es gibt nicht nur ein Ideal, das Ideal, denn dieser Begriff lässt sich nur relativ für eine gewisse Normart bestimmen. »

(4) ERNST VON BELING, Cours : « Juristische Methodenlehre », professé à la Faculté de droit de Munich en 1928 : « Die Eigenart der juristischen Begriffsbildung ist darin begründet, dass die Rechtsordnung eine empirische Gegebenheit ist, die selbst schon einen begriffsbildenden Faktor darstellt. »

un facteur essentiel de son efficacité dans la pratique. » (5).

Comme le caractère de la positivité du droit est de donner lieu à une application forcée, à une réaction sociale organisée ou non, on peut considérer le droit positif comme un ensemble de formules conditionnelles, c'est-à-dire de formules qui contiennent les conditions, sous lesquelles la contrainte s'exerce. On comprend alors la parole de M. RUDOLF LAUN : « Le soi-disant droit positif n'a pas pour contenu un devoir, mais seulement, suivant les cas, une obligation conditionnée. » (6).

Il s'ensuit qu'il n'est nullement absurde de voir dans la science du droit positif une science causale. Une allusion à cette conception ressort de cette phrase de S. PACHMANN : « La théorie réaliste du droit s'accorde avec les sciences de la nature. Si, au cours des recherches sur les lois historiques du développement du droit, il paraît utile à celui qui s'y livre de soumettre les phénomènes à une critique, de contrôler

(5) ERICH JUNG, *Das Problem des natürlichen Rechts*, Leipzig, 1912, S. 283 : « Die Wissenschaft vom geltenden Recht hat die Aufgabe das in überlieferten Sätzen vorhandene Recht darzustellen, es dialektisch zu bewältigen und in die dogmatisch begriffliche Form zu bringen. Diese Formung dient nicht etwa nur lediglich dem Lehrzweck. Der für ein Rechtsganzes erreichte Grad an begrifflicher Durchbildung ist vielmehr auch ein wesentlicher Faktor seiner Wirksamkeit im Verkehr. »

(6) RUDOLF LAUN, *Recht und Sittlichkeit. Antrittsrede, gehalten anlässlich seiner Inauguration zum Rektor der Universität Hamburg am 10. November 1924*, Hamburg, 1927, p. 8 : « Das sogenannte positive Recht hat gar kein Sollen zum Inhalt, sondern nur gegebenenfalls ein bedingtes Müssen. »

leur portée pratique, de transformer en normes désirables les lois des phénomènes, on ne peut pas naturellement l'en empêcher. Mais on ne devra voir dans de tels examens que quelque chose d'hétérogène et non point quelque chose se rattachant directement au sujet, car tout jugement pratique et toute idéation d'un principe sort par sa nature même des limites de la tâche d'une théorie historique. » (7).

3. — On doit donc envisager la réalité juridique comme existant purement et simplement, comme un fait donné qu'on étudie dans son développement, et, en outre, sur lequel on exerce une critique et que l'on cherche à transformer. Ainsi au point de vue de la dogmatique du droit positif s'ajoute une conception à tendance dynamique.

Le parallélisme entre la jurisprudence et l'économie politique, que nous avons démontré, permet encore d'appliquer à la jurisprudence en tant que science

(7) S. PACHMANN, *Über die gegenwärtige Bewegung in der Rechtswissenschaft. Rede, gehalten in der Jahresversammlung der bei der St. Petersburger Universität bestehenden juristischen Gesellschaft am 14. u. 26. Februar 1882.* Berlin, 1882, p. 114 : « Es stimmt die realistische Rechts-theorie mit den Naturwissenschaften überein, und wenn es jemandem bei Erforschung der historischen Gesetze der Rechtsentwicklung als dienlich erschiene die Erscheinungen einer Kritik zu unterwerfen, ihre praktische Tragweite zu prüfen oder gar irgendwelches Erscheinungsgesetz, wie das nicht selten infolge einer Verwirrung der Begriffe geschieht, in eine zu erwünschte Norm zu verwandeln, so kann ihm das zwar natürlich niemand wehren, allein in dergleichen Erörterungen würde man augenscheinlich etwas Heterogenes, nicht direkt zur Sache Gehörendes sehen müssen, da jede praktische Beurteilung und Idealisierung irgend eines Prinzips, dem Wesen nach, vollständig über die Grenzen der Aufgaben einer geschichtlichen Theorie des Rechts hinausgeht. »

de jugement certaines données méthodologiques pratiquées en économie politique, et notamment la distinction faite en économie politique entre le procédé statique et le procédé dynamique.

En économie politique, le procédé dynamique consiste à induire les lois économiques des faits sociaux qui les conditionnent, tandis que le procédé statique consiste à déduire des règles économiques de principes généraux dégagés par un travail d'abstraction.

Or, en jurisprudence, en tant que science de jugement, les deux procédés peuvent être employés. On peut critiquer le droit positif existant sur la base de principes généraux posés *a priori* ou tirés de l'expérience avec l'appui de la raison, ou encore sur la base de règles concrètes tirées directement de la réalité des choses, des besoins et nécessités pratiques. Avec cette alternative, on a d'un côté le droit naturel statique, de l'autre le droit naturel dynamique.

Il nous faut examiner si, dans la jurisprudence, des règles, fournies par la méthode statique, tirées du droit naturel statique, peuvent contribuer à l'amélioration du droit positif en venant remplacer les règles en vigueur.

La grosse objection contre la méthode statique est la suivante : Le procédé de la méthode statique consiste à réduire la réalité à un système. Mais, en la réduisant en système, on s'éloigne de cette réalité. C'est la vérité formulée par HIPPOLYTE TAINE dans sa critique de « l'esprit classique » : « Suivre en toute recherche, avec toute confiance, sans réserve ni pré-

caution, la méthode des mathématiciens; extraire, circonscrire, isoler, quelques notions très simples et très générales; puis, abandonnant l'expérience, les comparer, les combiner, et, du composé artificiel ainsi obtenu, déduire par le pur raisonnement toutes les conséquences qu'il enferme : tel est le procédé naturel de l'esprit classique. » (8).

MAX WEBER, pour la théorie exacte de l'économie politique, a décrit ce procédé d'une manière parfaite : « La théorie abstraite de l'économie politique nous offre un exemple de ces synthèses, qu'on a pris l'habitude de qualifier d' « idées » des phénomènes historiques. Elle nous trace un tableau idéal des événements qui se passent sur le marché d'une société caractérisée par l'échange et la concurrence libres et par une action économique rationnelle. Cette représentation d'idées associe certains rapports et événements de la vie historique à un ensemble parfaitement cohérent d'enchaînements de pensées. Le caractère de cette construction est celui d'une utopie acquise par l'élévation à un certain potentiel d'éléments déterminés de la réalité. Son rapport avec les faits empiriquement donnés de la vie consiste donc simplement en ce que là où des rapports — dont cette construction abstraite nous donne des exemples, c'est-à-dire des événements dépendant d'un marché — sont établis ou supposés comme doués, à un degré quelcon-

(8) H. TAINE, *Les origines de la France contemporaine. L'Ancien Régime*, t. 1^{er}, 23^e éd., Paris, 1900, p. 313.

que, d'efficacité dans la réalité, nous pouvons saisir le caractère particulier de ce rapport et l'assimiler pragmatiquement à un idéal-type. »⁽⁹⁾. Les connaissances de la statique ne sont pour nous que le « fil d'Ariane à travers le labyrinthe des faits » (M. ADOLF WEBER). Les relations dégagées par la méthode statique sont, en conséquence, *essentiellement* différentes de celles qui constituent l'objet de la théorie empirique-réaliste. Ainsi il est impossible de dire que ce qui forme le fondement de la méthode statique, prise dans ce sens, peut se réaliser n'importe où et à n'importe quel moment, qu'il se rapproche de la réalité ou qu'il s'en éloigne.

Aussi dans le domaine de la jurisprudence on ne peut pas déduire des règles concrètes d'un droit naturel statique, car les règles émanant des principes géné-

(9) MAX WEBER, *Die « Objektivität » sozialwissenschaftlicher und sozialpolitischer Erkenntnis*, « Archiv für Sozialwissenschaft und Sozialpolitik », Tübingen, XIX (1904), p. 64 : « Wir haben in der abstrakten Wirtschaftstheorie ein Beispiel jener Synthesen vor uns, welche man als « Ideen » historischer Erscheinungen zu bezeichnen pflegt. Sie bietet uns ein Idealbild der Vorgänge auf dem Gütermarkte bei tauschwirtschaftlicher Gesellschaftsorganisation, freier Konkurrenz und streng rationalem Handeln. Dieses Gedankenbild vereinigt bestimmte Beziehungen und Vorgänge des historischen Lebens zu einem in sich widerspruchslosen Kosmos gedachter Zusammenhänge. Inhaltlich trägt diese Konstruktion den Charakter einer Utopie an sich, die durch gedankliche Steigerung bestimmter Elemente der Wirklichkeit gewonnen ist. Ihr Verhältnis zu den empirisch gegebenen Tatsachen des Lebens besteht lediglich darin, dass da wo Zusammenhänge der in jener Konstruktion abstrakt dargestellten Art, also vom Markt abhängige Vorgänge, in der Wirklichkeit als in irgend einem Grade wirksam festgestellt sind oder vermutet werden, wir uns die Eigenart dieses Zusammenhanges an einem Idealtypus pragmatisch veranschaulichen und verständlich machen können. »

raux ne coïncideront pas forcément avec les nécessités pratiques.

L'opposition entre l'ancien droit naturel et le droit naturel dynamique peut être rapprochée par analogie de l'opposition que nous venons de montrer, à savoir l'opposition entre la méthode statique et la méthode empirique-réaliste ou dynamique. De même que dans l'économie politique on a déduit des lois qui déterminent l'essence de l'économie en partant de quelques faits fondamentaux de la vie économique, de même il y a des « normes qui découlent de l'essence ou, si l'on préfère, de la nature même du droit, car le droit, en tant qu'essai de réalisation de l'idée de justice, ne peut pas se mettre en contradiction avec cette idée. »⁽¹⁰⁾. Ces principes fondamentaux « éclairent le droit international public tout entier, parce qu'ils s'imposent partout où les autres sources sont muettes ou douteuses »⁽¹¹⁾, semblables en cela aux théorèmes de la statique de l'économie sociale, qu'il faut appeler à son aide si l'on veut dégager le sens des phénomènes de la réalité économique.

« Ces généralités ne sont jamais une base suffisante,

(10) HEINRICH TRIEPEL, Réponse au questionnaire : *Jus naturae et gentium. Eine Umfrage zum Gedächtnis des Hugo Grotius*. « *Niemeyers Zeitschrift für internationales Recht* », Kiel, XXXIV (1925), p. 188 : « Es gibt Normen, die aus dem Wesen des Rechts, oder, wenn man so will, aus der Natur des Rechts unmittelbar zu entnehmen sind, da das Recht als Versuch der Verwirklichung einer Gerechtigkeitsidee nicht mit dieser Idee in Widerspruch treten kann. »

(11) ALFRED VERDROSS, Réponse à l'enquête : *Jus naturae et gentium, loc. cit.*, p. 188 : « ... durchleuchten daher das ganze Völkerrecht, da sie überall durchgreifen, wo die andern Quellen schweigen oder zweifelhaft sind. »

de laquelle un ordonnancement juridique déterminé se dégage seul et réellement, elles ne sont qu'une condensation conceptuelle, qui se produit par notre travail scientifique. Bien qu'elles puissent servir à nous rendre compréhensible la fonction la plus générale du droit dans la vie culturelle, elles ne sont pas et elles ne peuvent pas être un principe directeur et régulateur au moyen duquel on pourrait normatiser les états juridiques concrets, car ceux-ci doivent être mesurés d'après des rapports donnés en fait, lesquels ne peuvent pas être contenus dans de pareilles abstractions. » (12). Il ressort de ces paroles la juste conviction que ces principes énoncés sur l'essence du droit ne peuvent en rien contribuer à la formation et au développement du droit, parce qu'ils sont complètement dénués de contenu positif. Une telle suggestion ne peut être provoquée que par un ensemble harmonieux de normes, qui, à chaque moment, peuvent devenir des règles du droit positif, c'est-à-dire qui peuvent recevoir la sanction de la puissance politique.

(12) FR. JODL, *Über das Wesen des Naturrechts und seine Bedeutung in der Gegenwart. Nach einem Vortrage, gehalten in der Wiener juristischen Gesellschaft am 1. Februar 1893, Separatabdruck aus der « Juristischen Vierteljahrsschrift », Wien, 1893, p. 11* : « Diese Allgemeinheiten sind niemals der zureichende Grund, aus dem eine bestimmte Rechtsordnung wirklich und allein hervorgeht, sondern nur eine begriffliche Verdichtung, welche durch unsere wissenschaftliche Arbeit entsteht. Sie können wohl dazu dienen uns die allgemeinste Funktion des Rechts im Kulturleben begreiflich zu machen, aber sie sind nicht und können nicht sein ein heuristisches oder regulatives Prinzip, aus welchem man die konkrete Rechtsgestaltung normieren könnte, denn diese muss ja auf tatsächlich gegebene Verhältnisse berechnet werden, welche in diesen Abstraktionen nicht enthalten sein können. »

Un tel ensemble est formé par ce que nous appelons le droit naturel dynamique. Il est constitué par ces normes à l'état de projet qui ont été dégagées parce que certains besoins ne trouvent pas leur satisfaction dans le droit positif existant.

Il faut bien retenir la différence entre le droit de la méthode historique et le droit naturel dynamique. Tous deux procèdent empiriquement. Mais d'après la conception historique le droit est mobile, et il progresse en même temps que le développement historique de la vie sociale, tandis que le droit naturel — comme il était compris au cours des ^{xvii}e et ^{xviii}e siècles — était supposé éternel et immuable. Toutefois, « on oublie aujourd'hui que le concept de raison avait, au ^{xviii}e siècle, un contenu essentiellement différent et plus fécond que dans l'usage qui en est fait aujourd'hui, notamment en Allemagne. Au concept de raison d'un VOLTAIRE et d'un CONDORCET appartient encore d'une façon particulière un élément volitif; il ne se borne pas seulement au domaine purement théorique, mais vise aussi le domaine pratique; c'est de lui que naît le puissant élan vers la liberté des temps modernes: l'autonomie de la raison implique une autonomie morale et politique. » (13). C'est pourquoi les

(13) JOACHIM MORAS, *Ursprung und Entwicklung des Begriffes der Zivilisation in Frankreich (1756-1830)*, Hamburg, 1930, p. 59 : « Man vergisst heute, dass der Begriff Verstand — raison im 18. Jahrhundert einen wesentlich anderen, intensiveren Gehalt hat als im modernen, namentlich im deutschen Gebrauch... Dem Verstandesbegriff eines VOLTAIRE wie eines CONDORCET eignet noch in eminenter

précurseurs des grandes révolutions ont toujours voulu s'appuyer sur ce droit naturel, qui est pourtant conservateur d'après sa définition, tandis que la conception historique, qui devrait être, croirait-on, progressiste, ne peut pas servir de fondement idéologique aux révolutions. Sans doute l'historien pourrait aussi comprendre une évolution du droit procédant par bonds. Mais il ne peut que la comprendre. Seuls ceux qui s'appuient sur le droit naturel peuvent l'exiger. Du reste, la méthode historique est plutôt une voie pour connaître l'être juridique qu'un chemin conduisant vers le postulat d'un devoir-être de cet être, encore que l'historien puisse, dans un cas isolé, désirer tel ou tel ordonnancement lorsque le développement historique paraît l'exiger.

SECTION II

Le dualisme du positivisme juridique et du droit naturel dans l'histoire de la politique et du droit international public.

1. — Le « combat pour la méthode », c'est-à-dire les oppositions que traduit cette expression, est de beaucoup plus ancien dans la jurisprudence que dans

Weise ein Willensmoment; er reduziert sich noch nicht auf das rein theoretische Gebiet, sondern ist zugleich praktisch gerichtet; aus ihm entspringt der mächtige Freiheitsimpuls der neuen Zeit : Autonomie des Verstandes impliziert moralische und politische Autonomie. »

la science de l'économie sociale, et encore beaucoup plus ancien dans la science du droit international que dans celle du droit privé.

En droit privé la question de la valeur (Geltung) du droit naturel ne se posait que comme un problème d'interprétation, ce qui n'était d'ailleurs pas possible avant qu'on eût renoncé à cette croyance à la « plénitude » (Geschlossenheit) du droit et qu'on eût écarté ce principe d'après lequel on avait si longtemps considéré le droit comme un tout cohérent et conséquent et, pour cette raison, ne présentant pas de lacunes. Au contraire, « toute l'histoire de la science du droit international public est en même temps l'histoire de la lutte entre les idées fondamentales du droit naturel et du positivisme juridique » (14).

Pourtant l'idée d'un droit naturel est antérieure à son application aux relations internationales, car le droit international n'est apparu que tardivement pour les raisons suivantes :

Des rapports paisibles entre les nations présupposent un minimum de reconnaissance respective, ce qui est étranger à la pensée primitive, au moins en dehors des nations apparentées par la race ou par la langue.

(14) CURT RÜHLAND, *Samuel Rachel, der Bahnbrecher des völkerrechtlichen Positivismus, Ein Beitrag zur Geschichte der Völkerrechtswissenschaft im siebzehnten Jahrhundert*, « *Niemeyers Zeitschrift für internationales Recht* », Kiel, XXXIV (1925), p. 1 : « Die Geschichte der Völkerrechtswissenschaft ist zugleich die Geschichte des Kampfes der naturrechtlichen und positivistischen Grundfassungen des Völkerrechts. »

D'autre part, l'idée du droit naturel, si ancienne qu'elle soit, se rapporte déjà, dans ses premières extériorisations, à un droit positif. Déjà HÉRACLITE a dit : « Toutes les lois humaines découlent de la loi divine. » Essayer de donner au droit une origine extérieure à l'Etat exige — logiquement — l'examen préalable des bases ou de la légitimation principielle de la loi humaine. Elle présuppose — historiquement — l'existence préalable d'une telle loi positive.

La condition indispensable à l'existence d'un droit international public est enfin une certaine stabilité étatique des nations qui participent à la création de ce droit; cela veut dire : un minimum d'ordre national, de droit national positif.

Le droit naturel, antérieur au droit international, s'est pourtant emparé de celui-ci, dès qu'il s'est formé. Sa domination est restée longtemps incontestée, grâce aussi à l'emploi indistinct qu'on faisait des notions : *jus naturae* et *jus gentium*.

2. — A l'égard du droit international, le droit naturel s'est présenté d'abord comme un droit qui se prétendait immuable. Il semble donc qu'on fût là en présence d'un droit naturel purement statique. Mais en réalité, comme nous le verrons, cet ancien droit naturel contenait des éléments dynamiques. Nous sommes conduits à cette constatation, parce qu'on ne peut pas expliquer autrement l'influence que l'ancien droit naturel a exercée parfois sur les faits historiques.

L'idée du droit naturel paraît, historiquement, être née de la lutte contre le droit positif. Etant donné que cette opposition a toujours existé, on peut comprendre pourquoi la conviction — à vrai dire, basée sur une conclusion fausse — s'est établie, d'après laquelle le droit naturel est ce droit éternel et immuable, une idée, de laquelle la réalité s'éloigne plus ou moins sans jamais l'atteindre.

L'ancien droit naturel doit ce caractère immuable avant tout à l'identification avec le droit divin, la volonté souveraine de Dieu étant éternelle et invariable. Il en est de même pour le droit naturel tiré de la raison pure qui, par principe, s'oppose à toute idée de développement.

A propos d'une autre origine de ce point de vue, de nature pratique, cette fois, FR. JODL a écrit : « Ce qui paraissait au ^{xvii}e et au ^{xviii}e siècles naturel, c'est-à-dire conforme à la pensée et aux sentiments, et d'après quoi on jugeait le devenu historique pour en fixer la valeur, devait trouver sa légitimation dans le fait qu'on le présentait comme étant l'humain en général. Mais, parce que, en face des faits qui s'y opposaient, c'était, dans bien des cas, impossible, on le concevait, comme l'originaire qui avait été corrompu dans le cours de son développement, mais à qui il suffirait d'être délivré de ces déformations et de ces corruptions survenues par hasard, pour resplendir à nouveau dans tout son éclat » (15).

(15) FR. JODL, *op. cit.*, p. 10 : « Das, was dem 17. und 18. Jahrhun-

Ainsi, quoique ce droit naturel fût traité comme immuable, la pensée politique n'était pas sans influence sur l'évolution de l'idéologie du droit naturel. L'étude de la réalité politique, aux tournants historiques de la théorie du droit international public, promettrait donc de conduire à des résultats intéressants. On pourrait peut-être arriver à constater une certaine réciprocité d'action entre la réalité politique et la théorie du droit international public. Ici, il suffira de rappeler l'influence que l'idée éternelle de l'organisation du monde a, sans doute, exercée sur les travaux scientifiques qui précédèrent la fondation de la Société des Nations ⁽¹⁶⁾.

Par conséquent, l'ancien droit naturel aussi, malgré son caractère d'immutabilité, n'était pas un pur droit naturel statique. Il contenait certaines traces de droit naturel dynamique.

C'est qu'en effet, le rôle que joue l'ancien droit naturel dans la politique semble, à première vue, ne pas correspondre à son caractère irréel. Le renversement des rapports entre l'Etat et l'Eglise au cours du

dert natürlich erschien, d. h. seinem Denken und Fühlen angemessen, und was demgemäss an das historisch Gewordene als kritischer Massstab angelegt wurde um dessen Wert zu bestimmen, das sollte gewissermassen legitimiert werden, indem man es als das allgemein Menschliche aufzeige; und da dies in veen Fällen angesichts der widersprechenden Tatsachen nicht möglich war, so wurde es gedacht als das Ursprüngliche im Laufe der Entwicklung nur Corruptierte, welches von diesen zufälligen Entstellungen und Verderbtheiten nur befreit zu werden braucht, um wieder in hellem Glanze zu strahlen. »

(16) Cf. l'étude de Robert MANGIN, dans : *La fédération européenne. Les meilleurs des 500 projets soumis au Concours de la Revue des Vivants*, Paris, 1930, p. 43-49.

moyen âge s'appuyait sur des arguments du droit divin, comme saint AUGUSTIN les a exposés dans son ouvrage : *De Civitate Dei*. Ils étaient un soutien, et rien de plus, pour cette tendance de la curie romaine à dominer le pouvoir temporel. Il ne faut penser qu'au fondement qu'on avait voulu donner à la théorie des deux glaives pour se convaincre que l'initiative du mouvement n'est pas à chercher du côté de la théorie.

L'empereur JOSEPH II, « l'élève de la nature », s'est mis en contradiction flagrante avec la pensée du peuple souverain développée par la doctrine du droit naturel, quand il a voulu, pour le plus grand bien de l'Autriche, échanger la Bavière contre la Belgique. PAUL VON MITROFANOV a montré, dans une série d'exemples tirés de la politique intérieure de l'empereur, que les « réformes » résultaient de la pure raison d'Etat et ne peuvent pas être prises comme l'expression d'une théorie philosophique (17).

Les exemples — il serait facile d'en trouver davantage dans la politique de FRÉDÉRIC LE GRAND — sont bien choisis, s'ils prouvent que le droit naturel dit immuable, quand il entre dans le domaine politique, n'est que prétexte et moyen. Il ne peut pas en être autrement, en raison de ce fait que le droit naturel statique est basé sur une méthode qui ne permet pas d'aboutir à des projets de réforme.

(17) Cf. PAUL VON MITROFANOV, *Joseph II, Seine politische und kulturelle Tätigkeit, Aus dem Russischen übersetzt von Vera von Demelic*, Wien und Leipzig, 1910, p. 847 et s., pour le projet bavarois surtout p. 164 et s. V. aussi dans la Préface de HANS SCHLITZER, p. x.

A ce point de vue, le droit naturel statique est même comparable au positivisme, car en se rapportant à la pratique et au développement du droit positif, l'un est aussi stérile que l'autre.

En partant d'une pareille conception, nous arrivons à résoudre un problème, dont la solution, donnée par KARL BERGBOHM ⁽¹⁸⁾, vient d'être mise en doute par M. HANS Kelsen ⁽¹⁹⁾. Tandis que BERGBOHM ne voit dans le conservatisme, indiscutablement propre à la plupart des ouvrages du droit naturel antique, qu'un déguisement choisi par prudence, afin d'échapper à la loi pénale, à la toute-puissance de la police et à la censure, M. HANS Kelsen croit que l'air que ces auteurs se donnent, à savoir de défendre et de justifier le droit positif de leur époque, révèle en réalité le vrai caractère de ces auteurs. La légitimation du droit positif représenterait donc la véritable portée des déductions de l'école du droit naturel.

La solution proposée par la théorie que nous essaierons d'établir est la suivante : la théorie du droit naturel statique n'est ni conservatrice ni progressiste. Etrangère à la réalité, elle ne peut logiquement jamais lui être contradictoire. En définitive, son caractère « conservateur » n'est que la conséquence logique de la méthode statique qu'elle suit et qui consiste

(18) V. KARL BERGBOHM, *Jurisprudenz und Rechtsphilosophie, Kritische Abhandlungen*, 1. Band, Leipzig, 1892, p. 206 et s.

(19) V. HANS Kelsen, *Naturrecht und positives Recht. Eine Untersuchung ihres gegenseitigen Verhältnisses*. « *Revue internationale de la théorie du droit — Internationale Zeitschrift für Theorie des Rechts* », Brno (Brünn), II (1927-1928), p. 88 et s.

à élever à une haute puissance les éléments qu'on a pourtant observés dans la réalité contemporaine.

Le seul droit naturel, qui contient des principes directeurs pouvant régir l'évolution du droit, est le droit naturel dynamique, ce fonds de projets de normes, dont le droit de demain est appelé à naître.

Le droit international public n'étant pas un droit codifié, le juge international devra toujours en appeler au sentiment du droit et de la justice et aux théories juridiques — statiques — qui s'inspirent toutes du « sentiment subjectif du droit et de la conscience de l'auteur, lequel est toujours porté par son pur sentiment à affirmer certaines prémisses, par exemple la compétence du législateur. Les théories juridiques ne peuvent atteindre une signification dépassant l'individu que sous la forme d'un essai de prévision des buts qu'atteindront par la force les détenteurs du pouvoir et leurs organes ou comme hypothèses sur le sentiment du droit d'autrui » (20).

« Souvent les revendications des partisans du droit naturel sont devenues des dispositions juridiques par l'intermédiaire de l'*opinio juris*, c'est-à-dire la cou-

(20) RUDOLF LAUN, dans sa réponse au questionnaire : *Jus naturae et gentium*, *Loc. cit.*, p. 151 : « Alle juristischen Theorien, ganz gleichgültig, ob sie naturrechtlich oder positivistisch sind, erscheinen als Ausflüsse des subjektiven Rechtsgefühls und Gewissens des Autors, der immer gewisse Voraussetzungen, z. B. die Kompetenz des Gesetzgebers nur gefühlsmässig bejaht. Eine über das Individuum hinausgehende Bedeutung gewinnen die juristischen Theorien entweder als ein Versuch vorauszusagen, was die Machthaber und ihre Organe tatsächlich erzwingen werden, oder als eine Hypothese über das Rechtsgefühl anderer. »

tume internationale. » (21). « Les points de vue du droit naturel sur l'attitude ordonnée ne sont pas encore du droit en vigueur. Mais des conceptions de droit naturel, qui se font jour à une certaine époque, déterminent facilement la conduite des Etats, et si les Etats se comportent conformément à ces principes, ils le font souvent aussi dans ce sens que l'ordonnement réel qui s'impose exige cela en s'imposant. » (22).

« Beaucoup de ce qu'on réclamait en tant que droit de la nature est devenu véritable droit, non parce que c'était droit auparavant ou de prime abord, mais parce que le temps était arrivé où de pareilles réclamations étaient devenues pratiquement justes, c'est-à-dire compréhensibles pour tous, où l'on sentait leur sens profond et où, pour ces raisons, leur réalisation sous forme de droit, c'est-à-dire comme règles expressément formulées régissant une communauté était devenue possible. » (23).

(21) KARL STRUPP, *Eléments du droit international public universel, européen et américain*, Paris, 1927, p. 12.

(22) LEO STRISOWER, dans sa réponse à l'enquête : *Jus naturae et gentium*, loc. cit., p. 172, 173 : « Die naturrechtlichen Anschauungen über das gebotene Verhalten sind noch nicht geltendes Recht. Aber naturrechtliche Auffassungen, die in einer gewissen Zeitperiode zutage treten, bestimmen leicht das Verhalten der Staaten, und wenn sich die Staaten diesen Grundsätzen gemäss verhalten, so tun sie es leicht auch in dem Sinne, dass dies die wirkliche sich allgemein durchsetzende Rechtsordnung fordere. »

(23) FR. JOEL, *op. cit.*, p. 15, 16 : « Vieles von dem, was sie als Recht, als Recht der Natur forderten, ist wirklich Recht geworden; aber nicht etwa deswegen, weil es vorher oder vom Anfang der menschlichen Entwicklung schon Recht gewesen wäre, sondern weil der Zeitpunkt gekommen war, wo solche Forderungen praktisch richtig, d. h. allgemein verständlich und in ihrer Bedeutung nachföhlbar und dadurch als Recht, d. h. als ausdröcklich formulierte Willensnormen einer Gemeinschaft möglich wurden. »

3. — En parlant d'ores et déjà du rôle du droit naturel dynamique, nous avons peut-être anticipé sur des questions qui appartiennent à des chapitres suivants. Mais nous avons voulu démontrer, en alléguant de nombreuses citations, que l'esprit du droit naturel dynamique était vivant déjà du temps de l'ancien droit naturel et que c'est à lui que l'on doit tous les progrès du droit. Cet esprit, accompagnant le droit dès ses origines jusqu'à nos jours, a toujours pris le parti du droit de demain contre un positivisme étroit, son ardeur étant d'ailleurs toujours ranimée par cette opposition.

On est amené à se tourner vers le droit naturel lorsque l'on s'aperçoit que la réalité ne coïncide pas avec l'ordonnancement idéal que l'on a tendance à se représenter. Une nation désavantagée en appellera donc toujours à un droit naturel en opposant une vive résistance à la permanence des conditions qui lui sont imposées. A ce point de vue, le positivisme juridique apparaît comme n'étant la théorie que de ceux qui sont intéressés au maintien d'un certain état de choses.

Le positivisme devra céder le pas à l'idée du progrès. S'il ne s'incline pas de bon gré, il risque de se trouver, à un moment donné, en face d'un « fait accompli ». VERGÉ, nous semble-t-il, n'a donc pas compris l'idée de la progression du droit. Où en serions-nous, s'il avait raison, quand il dit : « La politique est souvent obligée de s'incliner devant les faits accomplis, mais ces faits accomplis attestent toujours

l'incurie coupable, l'indifférence ou la pusillanimité des générations antérieures qui les ont laissés s'accomplir. » (24).

Le mérite inoubliable de l'école du droit naturel, c'est d'avoir renforcé la conscience de cette idée que la science du droit ne doit pas se borner à l'interprétation du droit positif, qu'elle doit plutôt, en s'élevant au-dessus de ce droit, en faire l'objet de sa critique et de son jugement; qu'elle doit rechercher les forces, dont le droit naît et se développe; qu'elle doit examiner les garanties économiques, sociales et morales de sa durée et s'efforcer de découvrir des lois dans les phénomènes juridiques mêmes.

(24) M. CH. VERGÉ, *Le droit des gens avant et depuis 1789. Préface* de : G.-F. DE MARTENS, *Précis du droit des gens moderne de l'Europe* Edition commentée par PINHEIRO-FERREIRA, Paris, 1864, p. XXI.

CHAPITRE II

EN QUEL SENS PEUT-ON INVOQUER AUJOURD'HUI UN DROIT NATUREL ?

SECTION PREMIERE

La portée de la valeur des jugements du droit naturel
statique.

1. — On a peut-être tort de considérer ces deux tendances qui se manifestent dans la jurisprudence, la tendance du droit naturel spéculative et philosophique d'un côté et la tendance positiviste de l'autre, comme étant absolument hétérogènes. Car toutes deux reviennent à poser la même question, à savoir la question des sources du droit international. Seulement l'école du droit naturel recherche les sources du *droit* international (*Völkerrecht*) et arrive ainsi au problème philosophique de la valeur (*Geltung*) du droit, tandis que les positivistes scrutent les sources des *règles du droit* international (*Völkerrechtssätze*) et, une fois qu'ils les ont trouvées dans les conventions internationales, s'en contentent et se mettent

à énumérer et à commenter ces normes fondées dans la tradition ou expressément convenues.

L'opinion des partisans de l'ancienne école du droit naturel, qui considéraient le droit naturel comme étant éternel et immuable, n'est peut-être pas si inadmissible que l'on est en général tenté de le croire, si on saisit bien la nature de la valeur (*Geltungscharakter*) des jugements que cette théorie peut énoncer. La base sur laquelle on fondait le droit naturel, c'est-à-dire la nature de l'homme ou la nature de la société, est bien variable, et même l'égoïsme inné à la nature humaine, de même que les conditions indispensables à la vie en société subissent des changements dans le cours des siècles. Mais cela n'a pas empêché que le droit naturel qu'on en tire ne soit immuable. Qu'il me soit permis de faire un rapprochement avec l'économie politique. Le système établi par DAVID RICCARDO, bien que basé sur les données issues des conditions de son époque (libre utilisation du travail, mobilité du capital), est valable indépendamment de toute notion de temps. Quant à la valeur théorique des jugements nés de la conception statique du droit naturel, il en est de même.

Aussi, de même que les doctrines statiques d'économie politique perdent de leur valeur par rapport à la vie sociale réelle, de même le droit naturel statique est sans valeur pour assurer un progrès convenable au droit international. Et cela pour les raisons suivantes :

Un des principaux arguments dans la lutte contre l'école du droit naturel consistait à affirmer que les

idées de droit tirées de la raison pure n'ont pas ce caractère objectif qui appartient aux normes du droit positif. Ces idées seraient plutôt des conceptions subjectives, dépourvues de toute signification scientifique. C'est l'argument formulé déjà par MICHEL MONTAIGNE lorsqu'il écrit dans ses *Essais* : « Pour donner quelque certitude aux loix, ils disent qu'il y en a aucunes fermes, perpetuelles et immuables, qu'ils nommēt naturelles, qui sont empreintes en l'humain genre par la condition de leur propre essence; & de celles-là, qui en fait le nombre de trois, qui de quatre, qui plus, qui moins : signe que c'est une marque aussi douteuse que le reste. » (1). Cet argument est sans valeur si l'on considère l'essence même des jugements de la théorie statique. Ces jugements ne peuvent pas avoir de valeur objective normative puisqu'ils se basent sur les convictions individuelles des savants. Par suite, la pluralité des conceptions — selon le point de vue auquel l'auteur se place — se comprend d'elle-même.

ENCORE S. PACHMANN allègue-t-il, pour répondre à cette objection capitale qu'on oppose à l'école du droit naturel, que l'esprit de l'individu n'est que le miroir des idées de l'humanité entière : « Les idées par lesquelles l'aspiration vers la liberté et le bien-être se manifeste sont communes à tous les temps et à toutes les générations;... si l'on ne peut méconnaître le caractère objectif de ces idées, la question se pose

(1) MICHEL SEIGNEUR DE MONTAIGNE, *Les Essais*, Rouen, 1620, p. 881.

de savoir si l'on ne peut en faire l'objet d'une théorie, d'une généralisation, indépendamment de leur signification dans l'histoire du droit. » (2).

Une conception voisine s'exprime dans ces paroles du sociologue DAVY : « Il suffit de croire à la réalité de la conscience collective pour se rendre compte de ce que le droit contient d'idéal. » (3). M. ERICH JUNG compare cette opinion à celle des théologiens d'une tendance moderniste, qui croyaient que le véritable devoir d'une théologie scientifique était de reconnaître les idées religieuses efficaces et réellement vivantes dans le peuple (4). Ainsi les représentations juridiques qui ne sont pas encore réalisées, mais qui existent dans la nation, peuvent former l'objet d'une systématisation scientifique.

En parlant du système de CHRISTIAN WOLFF, M. WALTHER SCHÜCKING dit : « L'organisation internationale, parce qu'exigée par la nature des choses, était tout simplement considérée comme existante. » (5). N'est-ce pas là la méthode statique qui, en décrivant

(2) S. PACHMANN, *op. cit.*, p. 25-26 : « Die Ideen, in denen das Streben nach Freiheit und Wohlfahrt zum Ausdruck kommt, sind allen Zeiten und Geschlechtern gemeinsam; ... wenn man nun diesen Ideen den Charakter der Objektivität nicht absprechen kann, so fragt es sich, ob sie nicht selbst zum Gegenstand einer Theorie, einer Verallgemeinerung, unabhängig von ihrer Bedeutung für die Rechtsgeschichte, gemacht werden können. »

(3) GEORGES DAVY, *Le droit, l'idéalisme et l'expérience*, Paris, 1922, p. 161.

(4) ERICH JUNG, *op. cit.*, p. 303.

(5) WALTHER SCHÜCKING, *Die Organisation der Welt*, Leipzig, 1909, p. 53 : « ... die internationale Organisation, weil sie durch die Natur der Dinge gefordert, auch einfach schon vorhanden. »

le type idéal, forme son objet et prétend ainsi dépeindre la réalité³. De même les partisans de l'école dite classique de l'économie politique croyaient exposer dans leurs systèmes (statiques), la vérité des faits économiques. Mais eux aussi n'ont fait que des déductions en partant d'un type idéal. Les fondateurs de la théorie classique de l'économie politique avaient saisi dans la réalité qui les entourait des éléments fondamentaux de la vie économique (les facteurs de productions, l'échange, la monnaie; des hommes d'un esprit économique hardi et entreprenant, — modèles d'après lesquels on dessinait l'*homo æconomicus*) avaient déduit des lois et fondé des conceptions, qu'ils ont appuyées sur des mots déjà existants (prix, escompte, salaire, rente, etc.). Et de même que ces « lois » n'ont souvent aujourd'hui que la valeur de tendances, qui peuvent être balancées et au delà par des phénomènes auxquels les théoriciens classiques n'ont pas pu penser, de même les règles et les directives établies par la théorie du droit naturel d'après quelques principes de l'existence sociale, ont un caractère purement explicatif et non normatif.

Etant donné que les conceptions subjectives restent étrangères à la réalité, de même que la théorie classique de l'économie politique ne peut pas formuler un devoir-être, de même la théorie statique du droit naturel ne peut pas tendre à dresser un programme de réformes si elle veut rester fidèle à sa méthode.

Les projets de réforme doivent surgir du sentiment vivant de l'insuffisance de ce qui existe, par suite,

soit du défaut de la pure réalité, soit de l'imperfection de la mise en œuvre de principes qui sont déjà en vigueur. Ainsi M. WALTHER SCHÜCKING voit dans l'arbitrage un instrument insuffisant pour atteindre une paix mondiale effective tant que le monde civilisé tout entier ne sera pas attaché à cette idée; et cette imperfection poussera à améliorer le pacte de l'arbitrage. De même, c'est surtout sur des nécessités économiques qu'on insiste aujourd'hui pour arriver à l'organisation de l'Europe, parce que son état économique est imparfait.

De par sa naissance et son existence, ce droit naturel dynamique est essentiellement pratique, tandis que les systèmes de l' « ancien droit naturel », qui s'étendent jusqu'à nos jours, ne sont que de la science théorique, voire du luxe, si l'on se place à un certain point de vue.

A cet égard, certes, toute science est un luxe, car, aussi bien, des sciences qui servent immédiatement à la pratique, comme la dogmatique ou la technologie du droit, ne peuvent pas être productives, dans ce sens qu'elles créeraient véritablement du nouveau. Mais il est toujours nécessaire qu'une volonté humaine se manifeste, grâce à laquelle les résultats, auxquels les sciences aboutissent rentrent dans un système de buts. « La théorie scientifique la plus parfaite n'est en aucune façon en mesure de remplacer la téléologie » (JOHN STUART MILL). C'est pourquoi nous avons choisi l'expression de polémique luxe, de façon à amener un parallèle avec la conception de M. FRAN-

çois GÉNY, qu'il énonce ainsi : « La science du droit n'est pas digne de son nom si elle n'est pas vraiment créatrice. » (6).

2. — Pourtant, même au point de vue pratique, le droit naturel statique est d'une portée immense. En effet, s'il n'est pas susceptible de fournir des règles concrètes utiles pour l'amélioration du droit positif, il permet de pénétrer le sens du droit positif et de le dominer en le systématisant.

La méthode statique, il est vrai, n'est point contradictoire avec l'esprit pratique, affiché d'ailleurs par tant de ses représentants : JEAN-JACQUES ROUSSEAU a élaboré des constitutions, DAVID RICARDO était un financier entreprenant.

Bien que « des principes philosophiques, pratiques ou idéaux, quelle que soit l'autorité dont ils jouissent, ne puissent pas prétendre à une détermination et à une exactitude précises en face de la nécessité de modifier ces principes en application aux différents phénomènes de la vie sociale » (7), le juge international aura « aujourd'hui et dans l'avenir, afin de

(6) V. FRANÇOIS GÉNY, *Méthode d'interprétation et sources du droit privé positif, Essai critique*, 2^e éd., Paris, 1919, t. II, p. 147, où sont reconnues pourtant les limites de la « libre recherche scientifique ».

(7) S. PACHMANN, *op. cit.*, p. 114 : « Philosophisch praktische oder ideale Prinzipien können, wie gross auch die Autorität sei, deren sie sich erfreuen, doch schon angesichts der Notwendigkeit, dieselben in Anwendung auf die einzelnen Erscheinungen des sozialen Lebens zu modifizieren, kaum auf strenge Bestimmtheit und Genauigkeit Anspruch machen. »

suppléer à la volonté des Etats et de l'interpréter d'une façon pratique, à revenir à cette raison, qui est au-dessus des nations, et qui, en son temps, a trouvé comme conception fondamentale du droit naturel dans la théorie du droit international établie par GROTIUS son expression la plus parfaite et par là une valeur théorique » (8).

M. LEO STRISOWER nous rappelle les limites à l'intérieur desquelles les idées du droit naturel peuvent servir à l'interprétation des normes positives : « Certaines conceptions du droit naturel peuvent être utilisées dans l'interprétation d'une règle du droit international public, si cette conception est à la base de la règle, soit qu'elle ait déterminé sa formation, soit qu'elle soit survenue après coup. » (9). « Ce n'est pas en tant que nécessité logique, mais en tant que fait historique agissant, en tant que forme sous laquelle un enseignement et une tradition éprouvés nous apparaissent, que ces thèmes de pensées du droit naturel, de la même façon qu'ils furent décisifs dans la

(8) ROBERT PILOTY, dans sa réponse au questionnaire : *Jus naturae et gentium*, loc. cit., p. 163 : « Zur Ergänzung und praktischen Interpretation dieses Willens muss auch heute und in Zukunft auf jene überstaatliche Vernunft zurückgegriffen werden, welseinerzeit als naturrechtliche Grundauffassung des Völkerrechts in der Grotianischen Lehre des Völkerrechts ihren vollkommensten Ausdruck und dadurch theoretische Geltung erlangt hat. »

(9) LEO STRISOWER, dans sa réponse à l'enquête : *Jus naturae et gentium*, loc. cit., p. 173 : « Bestimmte naturrechtliche Anschauungen können zur Interpretation (im weitesten Sinne) eines Völkerrechtssatzes herangezogen werden, wenn dem Rechtssatz diese naturrechtliche Anschauung, die seine Bildung bestimmte oder später hinzutrat, zugrundeliegt. »

formation du droit international, doivent servir de guide à son développement. On ne doit pas considérer, il est vrai, le monde d'idées de droit naturel comme un arsenal dont on pourrait tirer des formules de droit toutes faites, mais seulement comme une atmosphère dans laquelle de telles pensées se forment. Pour plus de clarté on pourrait donner au mot atmosphère le sens plus précis de civilisation. » (10).

M. EUGEN SCHIFFER a exprimé cette opinion que « dans la classification des divers éléments qui aident à l'application du droit la personnalité du juge vient en première ligne, l'ordre de la procédure en seconde et le droit positif en dernière. » (11). Cela n'implique pourtant pas une adhésion à cette méthode du droit naturel qu'on peut considérer comme étant en application « partout où la norme nécessaire pour toute décision juridique est puisée dans des convictions subjectives et non pas dans les moyens objectifs de

(10) GUSTAV RADBRUCH, dans sa réponse à l'enquête : *Jus naturae et gentium*, loc. cit., p. 166, 167 : « Nicht als eine Vernunftnotwendigkeit, wohl aber als eine mächtige Geschichtstatsache, als eine Erscheinungsform « bewährter Lehre und Überlieferung » haben diese naturrechtlichen Denkmotive, wie sie für die Entstehung des Völkerrechts entscheidend waren, so auch seiner Weiterbildung als Leitstern zu dienen. Man darf die naturrechtliche Gedankenwelt freilich nicht als ein Arsenal ansehen, dem völkerrechtliche Rechtsgedanken fertig entnommen werden könnten, vielmehr nur als eine Atmosphäre, in der solche Rechtsgedanken sich bilden. Man mag, um deutlicher zu werden, diese Atmosphäre noch mit einem anderen Wort bezeichnen als die der « Zivilisation ».

(11) EUGEN SCHIFFER, dans sa réponse à l'enquête : *Jus naturae et gentium*, loc. cit., p. 169 : « ... bei der Klassifizierung der verschiedenen Elemente der Rechtsprechung die Persönlichkeit des Richters an erster, die Regelung des Verfahrens an zweiter, und das materielle Recht erst an letzter Stelle steht. »

connaissance du droit qui s'est positivement constitué » (12). Le juge ne devra pas vouloir élever son opinion subjective au rang du droit, mais il ne devra pas non plus se borner à subordonner machinalement les données de la vie aux règles abstraites du droit positif; ces règles ne sont que la forme, derrière laquelle il faut chercher les fondements matériels.

« Il n'est possible de s'expliquer sur ce qui est juste et sur ce qui ne l'est pas en considérant un conflit isolé, ou de constater d'une manière immédiate un acte fait au mépris du droit que si l'injustice correspond, non à une violation de la règle, mais, au contraire, à une violation matérielle d'un intérêt ou d'un bien de droit... La constatation d'un tort concret dans un cas isolé, qui est aussi nécessaire dans la vie juridique que la fixation du droit en se basant sur un droit établi, signifie toujours un recours aux bases dernières de la distinction entre le droit et l'abus. La recherche de ces fondements éthiques du droit, ou encore l'établissement de la conviction scientifique de la justification de notre droit, n'est donc pas seulement un problème de la philosophie du droit, mais appartient en propre à la science du droit positif. » (13).

(12) KARL BERGBOHM, *Jurisprudenz und Rechtsphilosophie, Kritische Abhandlungen*, I. Band, Leipzig, 1892, p. 141 : « der Sache nach besteht naturrechtliche Methode überall, wo die behufs Beurteilung einer Rechtsfrage erforderliche Norm aus subjektiven Überzeugungen statt aus objektiven Erkenntnismitteln des gewordenen Rechts ... geschöpft wird. »

(13) ERICH JUNG, *op. cit.*, p. 141, 323, 329 : « ... dass eine Aussage

3. — Ce n'est donc pas une opposition réelle à proprement parler qui a donné naissance à l'école historique. Mais ce qui a provoqué la contradiction, ce qu'on prenait pour le caractère, lointain et étranger à la réalité, du droit naturel, n'était que l'irréalité de la statique, qui, dans ses résultats, ne pouvait pas lutter avec une science positive et s'engageait sur une fausse route, quand il lui arrivait de le faire. Car ce « droit naturel » ne peut pas fournir des règles positives de droit, il ne peut que servir à dégager les tendances et les principes du droit positif.

Les partisans de ce droit naturel — qui n'agissait pas seulement sous la forme de vagues « idées générales », mais qui prenait corps dans des codes volumineux — avaient dû être conscients de son rôle limité. Ainsi pourra-t-on appliquer au code de FRÉDÉRIC LE GRAND, code qu'on s'est habitué de considérer comme influencé par le droit naturel, ce que M. REINHARD FRANK ⁽¹⁴⁾ dit en parlant de l'ouvrage impo-

über Recht und Unrecht am isoliert betrachteten Einzelkonflikt oder unmittelbare Unrechtsermittlung nur dann überhaupt möglich ist, wenn Unrecht nicht gleich Regelverletzung, sondern gleich materielle Interessenverletzung oder Rechtsgüterverletzung ist. — Die im Rechtsleben neben der Rechtsfindung aus regelhaftem Recht stets notwendigen Neuermittlungen von konkretem Unrecht am einzelnen Fall bedeuten immer einen Rückgriff auf die letzte Grundlage der Unterscheidung von Recht und Unrecht. Die Untersuchung dieser ethischen Unterlagen des Rechts oder auch die Herstellung der wissenschaftlichen Überzeugung vom « Recht unseres Rechts » ist daher nicht etwa lediglich ein rechtsphilosophisches Problem, sondern gehört durchaus zur Wissenschaft vom geltenden Recht. »

(14) REINHARD FRANK, *Naturrecht, geschichtliches Recht und soziales Recht*, Leipzig, 1891, p. 4 : « Es ist klar, dass der Aufbau dieses stolzen Gebäudes, dessen Spitzen in die kleinsten Einzelheiten des

sant de CHRISTIAN WOLFF : « Il est évident que la construction de ce fier édifice, dont les ramifications s'étendent jusque dans les moindres sinuosités de la vie juridique, qui, avec la même ampleur, contient des compartiments pour le droit civil comme pour les innombrables réglementations de la police du bien public, repose en vérité sur une base empirique bien solide et sa plénitude logique absolue n'est rien qu'une apparence trompeuse.

Nul ordonnancement devant s'appliquer au monde des faits ne pourra se passer de ce fondement empirique. C'est justement ce que JOSEPH DE MAISTRE veut dire, quand il se moque — à tort, d'ailleurs, car il confond le fond avec la forme — de la Constitution de l'an III : « La Constitution de 1795, tout comme ses aînées, est faite pour l'homme. Or, il n'y a point d'hommes dans le monde... Une constitution qui est faite pour toutes les nations n'est faite pour aucune : c'est une pure abstraction, une œuvre scolastique faite pour exercer l'esprit d'après une hypothèse idéale. » (15). M. ERICH JUNG a raison de dire : « Des systèmes juridiques, tirés exclusivement de l'imagination, appartiennent aussi peu à l'histoire du droit, que des animaux fabuleux comme la chimère et la

Rechtslebens ausmünden, das mit gleich gefälliger Breite Kammern für das Privatrecht wie für die zahllosen Vorschriften der Wohlfahrtspolizei enthält, im Grunde doch auf solidem empirischem Fundamente beruht und seine absolute logische Geschlossenheit nichts ist als ein trügerischer Schein. »

(15) COMTE JOSEPH DE MAISTRE, *Considérations sur la France*, Nouvelle édition, Lyon et Paris, 1860, p. 88.

licorne à la zoologie, bien qu'ils puissent acquérir une certaine signification juridique à titre de symptômes de la conception qu'une époque s'est faite du droit. » (16).

Il ne faudrait pas croire que la distinction des deux droits naturels, statique et dynamique, coïncide avec la distinction entre l'induction et la déduction. Des lois naturelles ayant un « caractère invariable et qui, pour cette raison, peuvent facilement épouser la forme d'un art » (HUGO GROTIUS) sont insuffisantes en face de la complexité des faits. Il n'existe, ni dans la société nationale, ni dans la communauté internationale, une harmonie préétablie et immanente, qui serait reconnaissable par la simple observation et l'analyse, comme les mouvements si variés et si complexes des astres sont tous expliqués par la loi de NEWTON. Au contraire, « la matière première est juridiquement inerte et ne produit nécessairement aucun linéament de réglementation. » (17). C'est donc un rêve irréalisable que cette « perspective que le droit international, en tant que destiné à devenir un droit véritable, ne puisse être définitivement établi que selon les principes du droit naturel, c'est-à-dire en conformité avec les conditions de la connaissance. » (18).

(16) ERICH JUNG, *op. cit.*, p. 261 : « bloss erdachte Rechtssysteme... gehören... so wenig in die Rechtsgeschichte, wie die Chimäre oder das Einhorn in die Zoologie, wenn sie auch mittelbar, als Symptome für die Rechtsanschauungen einer Zeit, eine gewisse juristische Bedeutung gewinnen können. »

(17) GEORGES DAVY, *op. cit.*, p. 121.

(18) ERICH CASSIRER, *Natur und Völkerrecht im Lichte der Geschichte und der systematischen Philosophie*, Berlin 1919, p. 7 : « Welche Perspektive für das Menschengeschlecht, dass das Völkerrecht,

« Même si l'on était en état de montrer qu'une certaine attitude est pratiquement nécessaire pour la conservation de la vie humaine, cette affirmation a un tout autre contenu que la formule qui dit que cette attitude est un devoir. Cette dernière affirmation n'est possible qu'à condition que ce soit un devoir de protéger la vie. Mais cette condition ne constitue pas une vérité de science de la nature. » (19). « Aucune science ne peut suggérer des normes de conduite. » (20).

SECTION II

Du rôle du droit naturel dynamique.

Ayant démontré que le droit naturel statique, bien qu'il soit d'une valeur inappréciable pour pénétrer et dominer dogmatiquement le droit positif, ne peut en rien contribuer au développement de ce droit, nous nous sommes convaincus que seule une théorie dynamique pourra assurer le rapprochement continu

sofern es wirkliches Recht werden soll, nicht anders auszubauen ist als nach den Grundsätzen des Naturrechts, d. h. in Gemässheit zu den Bedingungen des erkennenden Bewusstseins. »

(19) ALF ROSS, *op. cit.*, p. 20, 21 : « Wäre man auch imstande klar zu machen, dass eine gewisse Handlungsweise für das Bestehen des menschlichen Lebens faktisch notwendig ist, so hat doch diese Aussage einen ganz anderen Inhalt als der Satz, dass diese Handlungsweise Pflicht ist. Diese letztere Aussage ist nur unter der Voraussetzung möglich, dass es Pflicht ist das Leben zu bewahren. Diese Voraussetzung aber macht keine naturwissenschaftliche Wahrheit aus. »

(20) FRANÇOIS GÉNY, *Science et technique en droit privé positif, Nouvelle contribution à la critique de la méthode juridique*, Tome II, Paris, 1915, p. 84.

vers l'état désirable, où la forme juridique correspondrait parfaitement aux exigences matérielles de la politique, de l'économie et de la morale.

Pour qu'elle puisse toujours obéir à ce but, la théorie du droit ne doit jamais perdre le contact avec la réalité de la vie.

Or, au lieu d'être une science de la vie, la jurisprudence est souvent restée une science du droit. Si les partisans du droit naturel statique croient pouvoir émettre des opinions sur le devoir-être (Sollen), qui devrait s'imposer à la réalité juridique, ils méconnaissent la valeur de leurs jugements. De même le positivisme dogmatique est insuffisant. Car « toute forme positive, quelque satisfaisante qu'elle soit pour le présent, contient un germe d'opposition aux progrès de l'avenir. » (21) (BENJAMIN CONSTANT).

On ne peut pas non plus servir l'évolution du droit en retouchant d'une manière arbitraire les vices du droit existant. « Cela n'a pas peu porté préjudice à l'élaboration du droit international, que la théorie ait si faiblement tiré la ligne de démarcation entre ce qui est de droit et ce qui paraissait désirable en matière de droit. » (22). Car, comme l'a dit JOHN AUSTIN, « la question de l'existence du droit ne doit

(21) Citation tirée de la composition susmentionnée de M. CH. VERGÉ, *Le droit des gens avant et depuis 1789*, p. XXIII.

(22) FRANZ VON LISZT, *Das Völkerrecht. Bearbeitet von MAX FLEISCHMANN*, Berlin, 1928, p. 79 : « Es hat der Herausarbeitung des Völkerrechts nicht wenig geschadet, dass die Theorie den Grenzstrich so schwach zog zwischen dem, was Rechtens ist und dem, was rechtlich erwünscht erschien. »

pas être confondue avec celle de la qualité de ses principes. » (23).

Revenons à l'exemple précité du code de FRÉDÉRIC LE GRAND — on pourrait penser de même à l'égard des codes de NAPOLÉON — et demandons-nous : Quel est le genre d'esprit qui anime un code qui a duré plus d'un siècle? C'est l'esprit, toujours vivant depuis que l'homme médite sur son existence et sur la manière dont il peut l'organiser, l'esprit, qui appelle à la vie le droit de demain, non pas afin de suffire à des exigences de l'Absolu, mais en s'attachant à une critique féconde de ce qui existe et à la certitude d'une meilleure connaissance des êtres et des choses. C'est à cet esprit, à sa richesse au point de vue législatif et non à la stérilité, qui est propre à bien des définitions statiques, que pense M. WALTER SCHÜCKING : « Si riche que puisse être la moisson scientifique, dont nous sommes redevables à la tendance historique, elle n'a en rien contribué au développement du droit, comme l'a fait la méthode du droit naturel suivie au cours du XVIII^e siècle. » (24). Une telle force évolutive ne peut être issue que d'un « droit naturel », qui est « dérivé de la nature des choses, ... des besoins concrets » et non un « droit normal, dans l'acception de

(23) JOHN AUSTIN, *Lectures on Jurisprudence*, London, 1879, p. 220 : « The existence of law is one thing; its merit or demerit is another. »

(24) WALTHER SCHÜCKING, *Die Organisation der Welt*, Leipzig, 1909, p. 5 : « So reich die wissenschaftliche Ernte sein mag, die wir der historischen Richtung verdanken, für die Fortbildung des Rechts hat sie auch nicht entfernt den Ertrag geliefert, wie die naturrechtliche Methode des 18. Jahrhunderts. »

HUGO GROTIUS, devant avoir cours dans tous les temps et chez tous les peuples » (WALTHER SCHÜCKING).

Une parole de M. REINHARD FRANK semble défendre, à première vue, l'opinion contraire : « Si on peut définir comme progressiste la conception historique du droit, la conception du droit naturel est au fond conservatrice. » (23). S'il avait voulu, par cette affirmation, opposer le caractère dynamique du droit naturel au caractère statique de ce droit, il aurait déjà constaté l'opposition et établi la distinction, comme nous essayons de le faire. Qu'il n'en soit pas ainsi, on peut l'inférer de sa conclusion où il montre que la signification idéale des deux tendances diffère tout à fait de leur signification réelle, conclusion tirée de l'opposition entre le fait que le droit naturel est toujours progressiste, même révolutionnaire, et l'affirmation, suivant laquelle l'école historique tombe de plus en plus dans une espèce de « quiétisme ». Seule la manière, et nous aurions presque dit : le fait de la distinction entre une portée idéale et une portée réelle, nous montre clairement que M. REINHARD FRANK se fait une idée des rapports entre le droit naturel et le positivisme, qui est très différente de notre distinction entre la méthode statique et la méthode dynamique. Parlant du devoir d'établir « un accord entre le droit idéal et le droit réel », il présuppose qu'un tel accord est possible, tout au moins en principe,

(23) REINHARD FRANK, *op. cit.*, p. 4 : « Kann man... die geschichtliche Betrachtung des Rechts als eine fortschrittliche bezeichnen, so ist die natürliche im Grunde genommen eine konservative. »

quand bien même il affirme dans la même phrase que cet accord n'ait jamais été réalisé. Mais comme on ne peut pas admettre d'identité entre des entités essentiellement différentes, il appert que M. REINHARD FRANK ne fait pas état de la notion statique du droit naturel, mais que, au contraire, il s'attache à une conception du droit naturel, que nous serions tentés de nommer : populaire, parce qu'elle a été adoptée d'une façon plus générale que d'autres notions de droit, par la conscience publique, ou encore : pratique, polémique, si nous songeons au rôle qu'elle joue dans le développement du droit international positif, ou enfin : dynamique, si nous devons déterminer sa position dans le système qui régit ce travail.

A côté de tout ordonnancement juridique positif « il reste un certain élément obscur et non résolu qui n'est pas entré dans ses conceptions, une série de besoins qui ne se trouvent pas satisfaits par lui, c'est-à-dire qui n'ont pas obtenu gain de cause. »⁽²⁶⁾. C'est de ces besoins que naît l'opposition contre le droit positif. Le droit en vigueur, qui se manifeste sous la forme d'un fait donné, d'un ordonnancement, qui est le produit historique du passé et de la culture, mais qui n'est pas considéré comme étant juste, se trouve être ainsi contesté. Cette contestation est la genèse négative d'un dynamisme du droit naturel. Ce droit

(26) FR. JODL, *op. cit.*, p. 8 : « ...ein dunkler unaufgelöster Rest, welcher nicht in ihre Begriffe eingegangen ist, eine Reihe von Bedürfnissen, welche durch sie nicht befriedigt werden, welche nicht zu ihrem « Rechte » kommen. »

ne peut pas être un système de normes issues *per modum determinationis* d'un droit naturel statique — opinion vers laquelle tend M. LE FUR —, car il est le droit de demain, formé par la volonté des hommes selon leurs besoins, tout comme le droit d'aujourd'hui, et n'est peut-être pas beaucoup plus près de l'idéal que celui-ci.

D'après sa nature, ce droit naturel dynamique n'est pas plus un droit, c'est-à-dire un droit actuellement en vigueur, que le droit naturel statique. Pourtant sa relation avec le droit positif est tout autre. Car d'après sa définition, le droit naturel dynamique est né de l'opposition ⁽²⁷⁾ contre le droit positif, qu'il a à développer et transformer. Ce droit naturel a, en conséquence, un contenu conditionné, qui, à lui seul déjà, nous interdit de lui attribuer une valeur absolue, c'est-à-dire non conditionnée, comme celle qui est habituellement attribuée au droit naturel statique. Mais cela ne reste logique que si on considère que la « statique » n'a aucune relation directe avec la réalité. Cela, le positivisme l'a suffisamment démontré. Son rejet du droit naturel, énoncé d'une façon générale, implique le désaveu de la valeur pratique de ce droit naturel.

(27) C'est à cette origine négative que pense S. PACHMANN en disant : « L'idée du droit naturel n'était pas non plus étrangère au monde antique, mais ces derniers temps seulement elle était développée et cela surtout sous l'influence de différents méfaits de la vie sociale » (*Op. cit.*, p. 11 : « Der Gedanke eines Naturrechts war auch der alten Welt nicht fremd, ward jedoch erst in neuerer Zeit selbständig ausgebildet, und zwar hauptsächlich unter dem Einfluss verschiedener sozialer Missstände. »)

CHAPITRE III

DU DROIT POSITIF PRENANT SA BASE EN LUI-MEME

SECTION PREMIERE

De la force obligatoire du droit international public.

Il s'agit ici d'examiner si le droit international tire réellement son existence et sa force obligatoire du droit naturel. Or on voudrait montrer que l'existence et la force obligatoire du droit international sont issues du besoin et du désir de paix des nations, du fait que cette idée de paix les pousse à tempérer leur souveraineté et leur impérialisme. Car, par ailleurs, la pure raison et la morale ne peuvent pas jouer un rôle efficace dans la formation du droit international. Enfin il y aura lieu d'ajouter que le droit international ne peut être établi d'une façon durable que s'il forme un droit autonome et non un droit hétéronome.

1. — On n'a pas toujours eu la conscience tranquille en éliminant l'ancien droit naturel de la sphère pratique. Mais ce scrupule reste souvent dans le subconscient ou à l'état de conception naissante. Pourtant on trouve parfois exprimée d'une façon très

précise la crainte d'ébranler dans ses fondements le droit positif en abandonnant tout droit naturel.

M. HERMANN J. HELD cherche la source de la validité du droit « dans ses dernières origines en dehors du droit international positif, à savoir dans un droit naturel bien compris » (1). Est-ce que dans ces paroles ne se manifeste pas cette « métaphysique du style platonicien, qui croit pouvoir éclairer l'obscurité de l'ensemble universel qui nous entoure, en doublant simplement les dernières forces et les derniers éléments, auxquels nous sommes amenés par notre analyse, en faisant remonter l'esprit de notre monde à un esprit antérieur à lui, les lois de la nature à un législateur, qui a procréé la nature, le droit à un droit placé au-dessus de l'humanité » (2)? Comment ce droit naturel est-il conçu ?

M. HERMANN J. HELD suggère comment il a pu être construit : « Que la norme fondamentale *pacta sunt servanda* soit enracinée dans le droit naturel, cela ne peut être contesté. En tant que norme du droit

(1) HERMANN J. HELD, *Aus der Völkerrechtswissenschaft der Gegenwart*, « *Weltwirtschaftliches Archiv* », Iena, XXVIII (1928), Sonderabdruck, p. 14** : « ... in ihren letzten Ursprungsläufen ausserhalb des positiven Völkerrechts, nämlich in einem wohlverstandenen Naturrecht. »

(2) FR. JODL, *op. cit.*, p. 4 : « ... Metaphysik platonischen Stils, welche das geheimnisvolle Dunkel des uns umgebenden Weltzusammenhanges dadurch lichten zu können vermeint, dass sie die letzten Elemente und Kräfte, auf welche unsere Analyse hinausführt, einfach verdoppelt, den Geist in der Welt aus einem Geist hinter der Welt, die Gesetzmässigkeit in der Natur aus einem Gesetzgeber vor der Natur, das Recht aus einem Rechte über der Menschenwelt ableitet ? »

naturel, elle a trouvé sa positivité dans le droit conventionnel. Elle est devenue du droit coutumier international. » (3). Il est exact que la règle *pacta sunt servanda* doit être une règle du droit positif pour qu'on puisse affirmer sa valeur (Geltung). Mais n'est-ce pas un cercle vicieux de qualifier la norme fondamentale *pacta sunt servanda* de droit international coutumier et de faire découler en même temps la valeur de tout droit international, y compris le droit coutumier, de ce principe ? C'est pourquoi l'origine d'un droit positif, c'est-à-dire d'un droit qui possède une validité, ne peut être que positive.

Mais comment peut-on comprendre que les Etats soient liés par un droit international, si ces liens ne sont pas solidement rattachés en dehors de ce qui est purement positif, c'est-à-dire au delà de ce qu'ils ont eux-mêmes créé ou, en tout cas, à la création de quoi ils ont contribué ? Ce droit international, d'où pourrait-il donc tirer sa force obligatoire ?

Là je n'ai qu'une réponse : l'idée de paix est le fondement du droit international comme, d'ailleurs, de tout droit. Ce qui d'ailleurs n'implique pas le recours à un idéal situé dans l'Absolu, mais seulement des concessions mutuelles et la reconnaissance de quelques prétentions (Ansprüche) — ainsi voudrions-nous

(3) HERMANN J. HELD, *op. cit.*, p. 9 : « Dass die Grundnorm *pacta sunt servanda* naturrechtlich verwurzelt ist, kann nicht bestritten werden. Als naturrechtliche Norm hat sie aber ihre Positivierung erst im Vertragsrecht gefunden. Sie ist Völkergewohnheitsrecht geworden. »

traduire les droits fondamentaux — émises par les tiers. L'existence d'un droit international universel n'est donc possible que lorsqu'aucun peuple ne croit plus à sa suprématie absolue, ou bien lorsque les peuples, tout en conservant cette croyance traditionnelle, ne se laissent plus inspirer par elle dans leur attitude et dans leurs actes. C'est la prédominance de cette croyance à la suprématie, ou, en d'autres termes, la prétention à gouverner le monde, qui nous interdit, en ce qui concerne l'antiquité et la plus grande partie du moyen âge, de parler d'un droit international au sens où nous l'entendons.

En partant d'un autre point de vue, M. LE FUR arrive à cette même affirmation : « En réalité, il n'y avait pas de droit international de la paix avant GROTIUS, PUFENDORF, WOLFF, VATTEL et bien d'autres. » (4).

SIEGFRIED BRIE se rapproche davantage de notre argumentation : « Ce n'est que lorsque, à la fin du moyen âge, l'idée du Saint-Empire perdit de sa force et que les Etats en tant que nations se formèrent tout en consolidant leur constitution intérieure et tout en défendant chaudement leur indépendance vis-à-vis de l'extérieur que les bases du droit international moderne ont été acquises. » (5). De même ERNEST NYS a

(4) LOUIS-E. LE FUR, *La théorie du droit naturel depuis le XVII^e siècle et la doctrine moderne*, dans : *ACADÉMIE DE DROIT INTERNATIONAL, Recueil des cours*, t. XVIII (1927), Paris, 1928, p. 266.

(5) SIEGFRIED BRIE, *Die Fortschritte des Völkerrechts seit dem Wiener Kongress, Rede bei Antritt des Rektorates der Universität Breslau am 15. Oktober 1890*, Breslau, 1890, p. 4 : « Erst als seit dem Ausgang des Mittelalters die Idee des Heiligen Reiches ihre Kraft

dit : « Si l'on veut bien y réfléchir, on reconnaîtra que déjà dans la notion de la monarchie absolue, il y a un élément d'incompatibilité avec le droit international, comme, du reste, avec le droit tout entier. » (6).

C'est le moment de songer au rôle que joue la Réforme dans la formation du droit international. Si, d'un côté, la Réforme, en donnant aux Etats leur souveraineté — dans l'acception que nous avons précisée à propos de notre étude sur la nature juridique de la situation des étrangers en Chine (7) — a préparé le terrain en créant une constellation politique favorable à l'arrivée du droit international, il se peut, d'autre part, que, ayant rendu aux Etats leur indépendance vis-à-vis de Rome à un moment où ils n'étaient pas encore acquis à l'idée de la communauté internationale, elle soit cause de ce que l'idée de droit, telle que l'Eglise l'avait cultivée, ne s'appliquait plus d'une manière si évidente aux relations internationales. Alors seulement il a été possible à un GROTIUS de renoncer à cette idée, qui avait dominé le moyen âge, de fonder le droit international, droit naturel, non sur l'espèce humaine, mais sur la société humaine. L'importance de cette différence

verlor, als die modernen Nationalstaaten sich bildeten, und wie sie innerlich sich konsolidierten, so nach aussen ihre Unabhängigkeit eifrig wahrten, waren die Grundlagen für das moderne Völkerrecht gegeben. »

(6) ERNEST NYS, *Les théories politiques et le droit international en France jusqu'au XVIII^e siècle*, Bruxelles et Paris, 1891, p. 107.

(7) V. HANS K. E. L. KELLER, *Die juristische Natur der Fremdenrechte in China*. « *Blätter für internationales Privatrecht* », München, V (1930), p. 169 et s.

ressort de ces paroles de MAURICE HAURIUO : « D'une part, tout ce qui sera relatif à l'espèce aura la même universalité et la même fixité que celle-ci et sera pratiquement immuable; d'autre part, la société humaine, n'étant qu'une modalité de l'espèce et les principes du droit, par delà les formes sociales, allant se rattacher aux idées morales de l'espèce, le fondement du droit ne sera pas dans la société, mais dans l'espèce, c'est-à-dire dans le type idéal de l'humanité. D'ailleurs la société sera naturelle puisqu'elle ne sera qu'une modification de l'espèce. » (8).

2. — C'est donc l'idée de paix qui a agi sur la formation du droit international. Mais il convient de préciser cette conception. « La tendance de la philosophie du droit, qui consiste à se réduire à des concepts toujours plus élémentaires, ne se trouve être satisfaite que lorsqu'elle a ramené tout droit à une norme originaire, qui oblige toute l'humanité, ou lorsqu'elle nie foncièrement l'existence du droit (non seulement du droit international) et démasque ce qu'on appelle le droit comme un reflet trompeur (mais peut-être très précieux), du jeu commun de l'intérêt, de la force et de l'habitude. » (9).

(8) MAURICE HAURIUO, *Le droit naturel et l'Allemagne*, « *Le Correspondant* », Paris, 1918, p. 921.

(9) RICHARD THOMA, dans sa réponse à l'enquête : *Jus naturæ et gentium*, loc. cit., p. 180 : « Das Reduktionsbedürfnis der Rechtsphilosophie kommt nur dann zur Ruhe, wenn sie entweder alles Recht auf eine die ganze Humanitas verpflichtende Ursprungsnorm zurückführt oder alles Recht überhaupt leugnet (nicht nur das Völkerrecht) und das, was man Recht nennt, entlarvt als täuschenden (indes vielleicht höchst wertvollen) Abglanz des Zusammenspiels von Interesse, Gewalt und Gewöhnung. »

M. RICHARD THOMA se demande où l'on pourrait trouver le fondement de la validité des normes désignées sous le nom de droit international, en face de l'attitude réciproque des Etats indépendants, une fois établi que la preuve de leur raison d'être, même si elle était possible, n'y pourrait pas suffire ⁽¹⁰⁾. Il en conclut qu'à cette question capitale il n'y a que deux réponses scientifiquement possibles — la troisième, qu'il considère comme impossible, est la théorie de l'autolimitation — à savoir le fondement de l'obligation juridique des Etats dans leur propre ordonnance juridique, ce qui signifie une négation du droit international, et d'un autre côté le recours à cette règle d'un soi-disant droit coutumier international : *pacta sunt servanda*. Il ne méconnaît pas qu'une logique conséquente doit demander « pourquoi donc les gouvernements des Etats souverains devraient être juridiquement tenus de faire état de ce droit coutumier ⁽¹¹⁾. Mais il ne connaît comme réponse que la « norme originaire » de M. HANS Kelsen. Or, sans doute, nul ordonnancement juridique n'est imaginable sans que l'on ait recours à une norme originaire logiquement postulée ou posée d'une manière pure-

(10) *Loc. cit.*, p. 177 : « ... worin denn überhaupt der Geltungsgrund der als Völkerrecht bezeichneten Normen für das gegenseitige Verhalten unabhängiger Staaten gefunden werden könne, nachdem feststeht, dass der Nachweis ihrer Vernünftigkeit, selbst wenn er zu führen wäre, hierfür nicht ausreichen würde. »

(11) *Loc. cit.*, p. 179 : « ... warum denn Regierungen souveräner Staaten rechtlich verpflichtet sein sollen, sich an dieses Gewohnheitsrecht zu kehren. »

ment volontariste. Une pareille explication pourrait bien suffire à une science juridique pure (« reine Rechtslehre »), mais pour ce qui est d'une conception plutôt politique de la réalité, il est certain que, à côté de cette théorie — car toutes deux se concilient parfaitement —, un recours à une explication psychologique de la force obligatoire du droit international est plus indiqué.

La force obligatoire d'une règle ne peut jamais avoir le même caractère et la même origine que la règle même, comme l'a dit M. ROGER BONNARD : « La limitation ne peut résulter que d'une règle extérieure. » (12). De même M. JAMES LESLIE BRIERLY (13) reconnaît que le fondement de la validité du droit international dépend d'un axiome qui est en dehors du droit même.

Nous venons de démontrer que si une obligation peut prétendre à s'imposer aux Etats, qui ne sont peut-être pas souverains, mais qui se considèrent comme tels, cette obligation ne peut résulter que de la reconnaissance de l'idée de paix, basée sur le sentiment vivant de l'interdépendance économique et spirituelle entre les nations. On va peut-être nous reprocher de remplacer le fondement objectif solide que la conception du droit naturel donne au droit

(12) ROGER BONNARD, *La doctrine de Duguit sur le droit et l'Etat*. « *Revue internationale de la théorie du droit — Internationale Zeitschrift für Theorie des Rechts* », Brno (Brünn), I (1926-1927), p. 25.

(13) V. J.-L. BRIERLY, *Le fondement du caractère obligatoire du droit international*, ACADEMIE DE DROIT INTERNATIONAL, *Recueil des cours*, t. XXXIII, (1928-III), Paris, 1929, p. 546 et s.

international par une base moins solide. Mais, d'abord, peut-on toujours mesurer l'efficacité du droit naturel? D'ailleurs ne coïncide-t-elle pas, en général, avec la conviction que l'on a de la dépendance réciproque des nations? Enfin, même si l'on pouvait imaginer une base plus solide, est-il du ressort de la jurisprudence de suppléer aux imperfections qu'offre la vie empirique en substituant à la réalité le monde des idées qui est irréel et qui, pour cette raison, peut être aisément parfait ?

Voici, en effet, ce qui se dégage de l'expérience.

La science juridique, si elle se met en face de la réalité, devra constater que la notion de la souveraineté, qu'elle soit scientifiquement justifiable ou non, a cours, et qu'elle est, comme les discussions précédant le pacte BRIAND-KELLOGG l'ont prouvé, encore partie intégrante du vocabulaire de la politique internationale.

Mais les prétentions de la souveraineté sont contrebalancées par le besoin de paix. « Lorsque les Etats croient devoir, en certains cas, se considérer comme responsables, ce n'est pas un droit qu'ils se concèdent les uns aux autres, car leur souveraineté en serait altérée; c'est un devoir qu'ils s'imposent les uns à l'égard des autres, dans l'intérêt de la paix générale. » (14).

Les éléments qui sont à la base de la théorie quantitative (Quantentheorie), dans laquelle nous avons

(14) TH. FUNCK-BRENTANO et ALBERT SOREL, *Précis du droit des gens*, Paris, 1877, p. 225.

essayé de donner une explication des changements qui se sont produits récemment dans le monde économique⁽¹⁵⁾, se retrouvent dans la vie politique et permettent de transposer ce mode d'explication dans la sphère juridique.

M. WOLFGANG WINDELBAND en a indiqué les données, c'est-à-dire cet enchaînement nécessaire: « Chaque Etat met sa fierté à être souverain, c'est-à-dire à ne reconnaître aucun degré au-dessus de lui. Aussi son domaine d'activité n'est fermé que là où il se heurte à une force qui entrave sa progression. Ainsi était-il inévitable que les Etats entrassent en collision et, obéissant à la loi naturelle, la lutte n'a pas manqué d'éclater par la suite. »⁽¹⁶⁾.

L'élément impulsif (Anreiz), c'est la souveraineté, la raison d'Etat, qui prévaut seule dans l'état de nature. On trouve encore souvent cette opinion exprimée que la communauté internationale serait encore à ce degré primitif de son développement : « Les souve-

(15) Voir HANS K. E. L. KELLER, *Ein Quantenproblem der Sozialwirtschaftslehre. Die Unzulänglichkeit der Ratio*, München, 1930 (Sous presse). Il y est démontré comment l'uniformité de la réaction économique ainsi que l'expansion des marchés rendent la raison économique individuelle insuffisante et comment, en conséquence, l'entente économique vient remplacer l'existence simultanée indépendante des « homines oeconomici ».

(16) WOLFGANG WINDELBAND, *Die auswärtige Politik der Grossmächte in der Neuzeit (1494-1919)*, Stuttgart und Berlin, 1923, p. 24 : « Jeder Staat setzt seinen Stolz darein, souverän zu sein, d. h. keine Stelle über sich anzuerkennen. Sein Tätigkeitsbereich hört deshalb erst da auf, wo er auf eine Kraft stösst, die ihn an weiterem Vordringen hindert. So mussten die Staaten aufeinanderprallen, mit Naturnotwendigkeit bringt die folgende Zeit ihren Kampf. »

rains sont encore dans l'état de nature, puisqu'ils n'ont pas encore créé cette garantie commune de leur existence et de leurs droits, et que chacun d'eux est seul juge et seul défenseur de ce qui lui appartient et de ce que les autres doivent respecter. » (17).

L'élément restrictif, la limite (Grenze) constituant le contrepoids à l'élément d'impulsion primitif, c'est la nécessité ou plutôt le sentiment de la nécessité de la paix, découlant tout simplement de la pluralité des nations. « De l'existence simultanée de nations également indépendantes on peut déduire rationnellement des règles, des nécessités d'action et d'inaction, qui forment ce qu'on appelle le droit des gens primitif, naturel, nécessaire, absolu. » (18). Plus on approfondit l'étude des documents, qui servent à l'Histoire pour formuler ses jugements, plus il nous faut reconnaître que la rationalité, la raison d'Etat, est insuffisante. L'impérialisme pratique est incompatible avec l'existence du droit international, car la mesure de la liberté de chaque Etat est fixée par le droit international. L'action impérialiste peut conduire seulement à des résultats définitifs, dans le cas où elle est dirigée contre des nations ayant une formation d'esprit différente. Entre peuples de mentalité nationale poussée au même degré, l'impérialisme signifie l'état de guerre, au moins latent. C'est pourquoi

(17) Paroles d'ANCILLON, citées d'après l'ouvrage précité de M. CH. VERGÉ, p. XL.

(18) LOUIS RENAULT, *Introduction à l'étude du droit international*, Paris, 1879, p. 13.

il n'y a qu'un seul principe qui puisse conduire de l'anarchie, à laquelle mène la raison d'Etat, à un état constitué sur la base du droit : l'idée de paix. Si on adhère à cette idée, on doit reconnaître les principes, qui, en découlant logiquement, sont à la base du droit international. Un minimum de concessions réciproques est la condition préalable de la constitution du droit international. Aussi il convient de rechercher ses origines (non pas historiques, mais théoriques) dans un contrat peut-être tacite, tout comme on l'a fait en ramenant la genèse de la société politique à un « contrat social ». Si donc le COMTE MICHEL DE ROSTWOROWSKI est d'avis qu' « opérer avec l'aide d'arguments tirés soit de la solidarité internationale, soit des intérêts égoïstes des Etats particuliers,... semble être un procédé parfaitement justifiable au point de vue de la propagande, mais insuffisant pour étayer des principes et des préceptes prétendant à une force obligatoire sur une base vraiment solide ⁽¹⁹⁾, on peut soutenir le point de vue contraire, à savoir que la propagande s'est toujours appuyée sur des arguments moraux et métaphysiques et que la solidarité internationale n'est pas seulement suffisante pour étayer les normes du droit international, mais qu'elle est, au contraire, leur seul fondement réel, comme le dit M. NICOLAS S. POLITIS : « La solidarité objective des intérêts de la communauté internationale... est le seul substratum du droit positif. » ⁽²⁰⁾.

(19) Dans sa réponse au questionnaire : *Jus naturae et gentium*, *loc. cit.*, p. 168.

(20) Dans sa réponse au questionnaire précité, p. 163.

« Tout cela revient, il nous semble, à la « loi de la raison ». Si nous pouvons convaincre les nations du caractère raisonnable du droit international, nous obtiendrons la plus efficace des sanctions. Si nous ne le pouvons pas, nous ne pouvons pas davantage faire appel avec sécurité ou avec justice à une autorité d'aucune sorte, pas plus à un vague droit de la nature qu'aux commandements arbitraires de quelques organes exécutifs comme la Société des Nations. » (21). Nous souscrivons à chaque parole de cette phrase. M. PHILIP MARSHALL BROWN semble donc bien ici se rapprocher des idées que nous avons essayé d'éclaircir dans notre thèse précitée. Qu'il soit pourtant loin de donner aux faits quantitatifs le rôle qui caractérise cette théorie, cela ressort d'une phrase extraite de son livre, *International Realities* : « Si les hommes ne sont pas convaincus de la vérité d'une assertion, d'un principe ou d'un droit affirmés, il est inutile d'invoquer l'autorité d'un droit quelconque, quel que puisse être son caractère, naturel ou divin. » (22).

(21) P. M. BROWN, dans sa réponse au questionnaire, *loc. cit.*, p. 118: « It all seems to me to come back to the 'rule of reason'. It we can convince nations of the rationality of the law of nations, we are getting the greatest of sanctions. If we cannot convince nations of the rationality of the law of nations, we cannot with safety or justice appeal to authority of any kind, whether of a vague Law of Nature or of the arbitrary commands of some executive like the League of Nations. »

(22) *Loc. cit.* p. 7 : « If the minds of men are not convinced of the truth of an assertion, an alleged principle or right, it is useless to invoke the authority of any law, whether it be termed natural or divine. »

3. — Cependant il y a lieu de faire des réserves sur l'opinion de M. LE FUR, suivant laquelle « la vie du droit... est dirigée vers une fin *raisonnable et morale*, puisque l'observation nous montre que telle est la nature de l'homme, au lieu d'être dominé par la loi de la lutte pour la vie comme dans la nature animale ou végétale. » (23). On peut soutenir, en effet, que même si l'on admet que le droit est dirigé vers une fin raisonnable et morale, la raison et la morale ne suffisent pas pour y arriver.

La raison, ce don qui différencie l'homme de l'animal, est une puissance plutôt destructive que constructive. C'est de la reconnaissance de son insuffisance que naît l'ordre économique de même que le droit par la voie des liens réciproques. Si M. LE FUR fait appel à la raison, il sous-entend, à proprement parler, la faculté de connaître, le jugement tiré de l'expérience à savoir qu'il est plus profitable — et naturellement, comme conséquence, plus raisonnable — de ne pas suivre la voix de la raison primitive. Les appréhensions qui rappelle une époque dominée par le rationalisme doivent être assez fortes pour servir de sanction à cet acte supposé, analogue à un contrat, par lequel les individus se lient et arrivent ainsi à vaincre l'état préjuridique. C'est dans la crainte de la guerre que repose la sanction du droit international.

(23) LOUIS-E. LE FUR, dans sa réponse à l'enquête : *Jus naturae et gentium*, *Loco cit.*, p. 122. Cf. LOUIS LE FUR, *Précis du droit international public*, Paris, 1931, p. 161 : « ... Il faut choisir entre le droit à fondement moral et la force.

En fin de compte n'est-il pas étonnant que, par suite des données de la vie en société ou simplement de la pluralité, de l'existence simultanée des individus, les qualités inhérentes à l'individu changent de caractère. Ce que cela signifie pour la qualité fondamentale d'être doué de raison est vrai — bien que, dans un sens tout à fait différent — pour le sens moral inné à l'homme.

La morale à elle seule est insuffisante pour fournir des données au droit international. Car, de même que la raison, la morale est d'ordre individuel et s'adapte mal aux phénomènes sociaux.

La morale aussi est une vertu individuelle et non pas collective, et si l'on voulait juger les relations réciproques des groupes humains d'après les principes de la morale, qui s'appliquent à l'attitude mutuelle des individus, on infligerait souvent un tort moralement injustifiable aux individus qui composent le groupe. Ceux qui sont responsables des guerres et des délits contre le droit international ne sont, en effet, jamais ceux qui, finalement, en souffrent physiquement et moralement.

Il faut bien se rendre compte que le simple principe de la morale ne vient pas à notre secours dans la complexité des événements collectifs, que la morale privée est insuffisante comme base du droit de l'Etat et du droit international. M. EUGEN SCHIFFER a raison de dire : « Pour les exigences morales, qui s'adressent à un peuple, les limites sont plus étroites que celles qui existent ailleurs. Les prétentions d'un

peuple pourront et devront être considérées comme justifiées au point de vue moral, même lorsque la morale, s'appliquant aux individus, en jugerait autrement. » (24). Ainsi M. RUDOLF STAMMLER exclut-il entièrement la morale du domaine du droit : « On n'aurait jamais dû se demander si, au lieu d'un droit des nations, il n'y avait qu'une morale internationale, mais si, au lieu de ce droit, il n'y avait que la convention ou le libre arbitre des nations. » (25).

Ce serait mal nous comprendre que de voir dans la manière dont nous justifions le droit international positif une des « conséquences fausses, auxquelles menait tout droit la théorie de l'autonomie de la volonté » (LOUIS-E. LE FUR). Nous considérons, au contraire, la morale comme une des garanties de la durée du droit, et, dans ce sens, nous admettons le point de vue de M. LE FUR : « Exactement comme en droit interne, c'est non pas des volontés humaines arbitraires, mais bien un triple donné, historique, économique et moral, qui conditionne le droit international. Il est donc inexact de parler d'un droit international positif, créé par les Etats, posé arbi-

(24) Dans sa réponse à l'enquête : *Jus naturae et gentium*, loc. cit., p. 171 : « ...so sind den sittlichen Anforderungen an ein Volk engere Schranken gezogen als sie anderwärts bestehen, und Ansprüche eines Volkes werden vom sittlichen Standpunkte aus vielleicht auch dann noch als gerechtfertigt gelten können, wenn die für den einzelnen massgebende Sittlichkeit ganz anders urteilen würde. »

(25) RUDOLF STAMMLER, *Lehrbuch der Rechtsphilosophie*, Berlin und Leipzig, 1923, p. 282 : « Man hätte niemals fragen sollen, ob es statt Völkerrecht nur eine Völkermoral gebe, sondern ob statt jenes nur eine Völkerkonvention oder eine Völkerwillkür bestehe. »

trairement par un accord de leur libre volonté, c'est-à-dire en pratique par leurs gouvernants du moment. » (26).

4. — Enfin si le droit international s'établit ainsi, procédant du besoin et du désir de paix et non de la pure raison ou de la morale, pour être stable et durable, il faut qu'il soit autonome et non hétéronome : nous entendons par là un droit accepté et non imposé.

L'observation de la réalité nous révèle que sont de droit (*Rechtens*) certaines données de la vie internationale. Souvent on ne peut pas en trouver l'origine dans le domaine de l'histoire, de l'économie et de la morale, car, bien des fois, le droit, sans qu'il perde pourtant de son caractère, s'éloigne de cette triple donnée. En effet, si nous jetons un regard sur la réalité empirique, nous ne pouvons pas contester le caractère de droit aux violations, réalisées par contrat, des frontières *historiquement* fixées, aux conventions douanières manifestement contraires aux principes fondamentaux de l'économie politique, aux traités de paix fondés sur des reproches de culpabilité *morale* difficilement soutenables.

Quelqu'un en est bien pourtant l'auteur. Ce quelqu'un ne peut être que l'ensemble des chefs d'Etats. Leur volonté et ce qu'elle commande est légitime. Mais si elle ne tient pas compte de ces conditions historiques, économiques et morales, que nous voudrions

(26) Dans sa réponse à l'enquête : *Jus naturae et gentium*, loc cit., p. 129.

désigner sous le nom de garanties de durée du droit, la question se pose de savoir si ceux auxquels la norme s'adresse voudront bien se plier indéfiniment à une pareille réglementation. Pourtant il ne nous semble pas possible de tirer prétexte de ce que ce droit est susceptible de ne plus, demain, mériter son appellation, pour conclure qu'il n'a jamais été un droit. Car, aujourd'hui encore, il conserve toute sa valeur.

« Si le juriste arrive à cette constatation qu'une réglementation avec tel ou tel contenu est maintenant encore de droit, personne ne peut contester la rectitude de cette position en se basant sur ce que la puissance, dont émane l'ordonnancement qui est en question, n'a pas été habilitée, ou sur ce que le contenu de la réglementation est dépourvu d'habilitation. Il en serait de même si on voulait contester la constatation médicale de l'existence d'une épidémie sous prétexte que l'épidémie est quelque chose d'affreux. Car si on examine quant à leur habilitation la puissance qui a établi un ordonnancement juridique et la réglementation contenue dans cet ordonnancement, on quitte le domaine de la connaissance du droit pour celui de sa valorisation... Mais l'ardent désir de notre cœur se manifeste en ce que nous ne pouvons pas nous empêcher de contrôler l'habilitation, la conformité à la raison de tout ce qui est terrestre. » (27).

(27) ERNST BELING, *Revolution und Recht*, Augsburg, 1923, p. 21.

Ainsi nous espérons, en admettant ce contrôle du droit positif d'après des principes idéaux, pouvoir échapper à ce « soupçon de lèse-idéalisme, qui s'attache immédiatement à toutes les tentatives de réaction historique et réaliste contre le droit naturel » (28). Car c'est une question de terminologie qui nous interdit seule de reconnaître le caractère juridique aux garanties de la durée du droit, parce que nous appelons « droit » seulement le droit en vigueur. « Le fait de la solidarité entre les individus appartenant aux différents Etats est, à l'heure actuelle, un fait nécessaire à leur existence, indépendamment de la volonté de ces Etats » (29), volonté qui en devra faire état si elle veut créer un droit durable. Si elle n'a pas cure de ces exigences, « auxquelles la conscience

22 : « Trifft der Jurist die Feststellung, dass eine Regelung dieses oder jenes Inhalts nun einmal Rechtens sei, so kann niemand die Richtigkeit dieser Aufstellung mit der Begründung bestreiten, dass die Macht, deren Ordnung in Frage steht, keine « berechnigte » sei, oder die Regelungsinhalte der « Berechnigung » entbehrten. Das wäre so, wie wenn man die ärztliche Feststellung des Bestehens einer Volksseuche mit der Begründung wegstreiten wollte, dass Volksseuchen etwas Schreckliches seien. Denn wenn die Macht, die eine Rechtsordnung aufgerichtet hat, und die von ihr getroffenen Regelungen auf ihre « Berechnigung » hin untersucht werden, so verlässt man das Feld der Rechtserkenntnis und tritt in dasjenige der Rechtsbewertung ein... Schon der heisse Drang unseres Herzens gibt uns kund, dass wir uns solcher Prüfung alles Irdischen auf seine « Berechnigung », seine Vernunftmässigkeit, nicht entschlagen dürfen. »

(28) GEORGES DAVY, *Le Droit, l'idéalisme et l'expérience*. Paris, 1922, p. 41.

(29) MARC RÉGLADE, *Perspectives qu'ouvrent les doctrines objectivistes du doyen Duguit pour un renouvellement de l'étude du Droit international public*, « *Revue générale de droit international public* », Paris, XXX (1930), p. 388, 389.

sociale adhère déjà, qui font partie de l'ensemble des règles morales ou politiques, qui constituent ce qu'on peut appeler le savoir-vivre des peuples, mais auxquelles il manque, pour faire partie du droit positif, d'avoir reçu l'adhésion formelle, le contre-seing des autorités politiques qualifiées » (30), elle ne pourra jamais constituer un devoir-être, mais seulement une obligation conditionnée. Nous adoptons donc une conception moniste (31) du droit, dans ce sens qu'il ne peut exister qu'un seul devoir-être, comme le dit M. RUDOLF LAUN : « Il n'y a pas d'opposition entre ce que je dois faire et ce que je devrais devoir faire. » (32). Il n'y a donc pas non plus d'opposition possible entre le droit et la morale, parce que, « s'il y a désaccord formel, c'est l'ordonnancement juridique qui a tort » (33). Le devoir qui ressort de la morale, qu'il soit juridiquement sanctionné ou non, est le seul vrai devoir. Le « devoir » qui ressort d'un droit qui ne coïncide pas avec la morale n'est qu'une obligation conditionnée, c'est-à-dire valable sous la condition que les individus ne préfèrent pas les risques du sou-

(30) LOUIS CAVARÉ, *L'arrêt du « Lotus » et le positivisme juridique*. Extrait du tome X des *Travaux juridiques et économiques de l'Université de Rennes*, Rennes, 1930, p. 44.

(31) Voir ROGER BONNARD, *Droit naturel et droit positif*, « *Revue internationale de la théorie du droit — Internationale Zeitschrift für Theorie des Rechts* », Brno (Brünn), III (1928-1929), p. 9-11.

(32) RUDOLF LAUN, *Recht und Sittlichkeit*, Hamburg, 1927, p. 19 : « ...gibt es keinen Gegensatz zwischen dem, was ich soll und dem, was ich sollen sollte. »

(33) ROGER BONNARD, *L'origine de l'ordonnancement juridique*. Extrait des *Mélanges Maurice Hauriou*, Paris, 1929, p. 46.

lèvement au calme de l'obéissance et de la soumission.

La volonté hétéronome ne peut jamais créer un devoir, elle ne peut qu'ajouter une garantie accidentelle au devoir imposé à l'individu. « La volonté ne peut agir effectivement que dans le domaine de l'être et pour le réaliser : elle ne serait capable que de produire un être. » (34). « Dans le sentiment intime du devoir-être, nous adaptons par création aux événements du monde causal quelque chose de nouveau, de tout à fait personnel, la loi de notre caractère. Par suite de l'apparition de ce sentiment, les préceptes hétéronomes dudit droit positif, qui ne sont que des obligations conditionnées, deviennent, pour ce cas d'application particulier, un devoir-être autonome et inconditionné, un véritable droit... Le droit et l'Etat, de même tous ceux qui détiennent une puissance dans l'Etat et dans la communauté du droit international doivent faire en sorte qu'ils méritent sans cesse de nouveau non pas la simple obéissance extérieure et d'apparence, mais l'obéissance intime, sincère et librement voulue, le sentiment du devoir, l'approbation morale de ceux auxquels ils imposent leurs ordres. » (35).

(34) ROGER BONNARD, *Droit naturel et droit positif*, loc. cit., p. 7.

(35) RUDOLF LAUN, *Recht und Sittlichkeit*, p. 14, 26 : « In den Erlebnissen des Sollens fügen wir den Vorgängen der Kausalwelt schöpferisch etwas Neues, etwas Eigenstes, das Gesetz unseres Charakters, hinzu. Durch das Hinzutreten dieses Erlebnisses im einzelnen Falle werden die heteronomen bedingten Vorschriften des sogenannten positiven Rechtes, die an sich nur bedingtes Müssen, Gewalt, bedeuten, für diesen einzelnen Anwendungsfall zum unbedingten autonomen Sollen, zum wirklichen Recht... Recht und

SECTION II

Droit naturel dynamique et évolution du droit positif.

1. — Une entente contractuelle, venant restreindre les compétences des Etats, est à la base du droit international. Le pouvoir de guerre peut lui-même être efficacement « lié et même limité » ⁽³⁶⁾, si la base de cette entente est assez large.

Nous ne pensons pas qu'un contrat formel soit la source de tout droit international, bien que des concessions multiples et réciproques, dans lesquelles l'idée du contrat se manifeste, précèdent sa formation. Pour nous, la conception contractuelle n'est qu'une aide théorique.

La réalité historique n'est pas dirigée par la raison. Une interprétation rationaliste, dans son étroitesse, ne pourrait donc jamais faire comprendre tout ce que la réalité contient d'idéal. « Chez les Germains la lutte contre la vendetta a commencé avant que la formation de l'Etat eût été un fait accompli. Cette lutte a été manifestement engendrée par le besoin de paix qui, sous l'influence du culte commun

Staat und alle Machthaber im Staat und in der Völkerrechts-gemeinschaft müssen sich den nicht bloss äusserlichen, sondern inneren, freiwilligen Gehorsam, das Pflichtgefühl, die sittliche Billigung derjenigen, die sie mit ihren Befehlen belasten, immer wieder von neuem verdienen. »

(36) Sur la limitation du pouvoir de guerre, cf. CHARLES ROUSSEAU, *L'aménagement des compétences en droit international*, « *Revue générale de droit international public* », Paris, XXXVII (1930), p. 458.

des dieux, a élevé, à l'origine et aussi sous l'impres-
sion immédiate du caractère sacré du droit, la priorité
de la collectivité sur l'individu au rang de prin-
cipe fondamental de l'ordonnancement juridique. La
communauté de droit apparaît en première ligne
comme communauté de paix et non pas comme une
association conclue en vue de la protection réciproque
de ses membres. Elle apparaît bien plus comme la
destinée naturelle et par suite comme le but suprême
de la culture » (37). Nous n'insistons donc pas sur
l'idée du contrat originaire, mais plutôt sur l'idée de
la paix qui, comme l'exemple que nous venons d'allé-
guer le montre, n'a pas besoin de la forme du contrat
pour se manifester. Au contraire, et c'était la convic-
tion d'EMMANUEL KANT, « les idées du droit naturel et
du droit international sont des prétentions juridiques
qui, comparables quant à leur certitude, aux axiomes
mathématiques, exigent leur réalisation d'une ré-
forme progressive fondée sur des principes soli-
dement établis, parce que leur violation briserait

(37) WILHELM WUNDT, *Völkerpsychologie. Eine Untersuchung der
Entwicklungsgesetze von Sprache, Mythos und Sitte*. Neunter Band:
Das Recht, Leipzig, 1918, p. 467 : « Bei den Germanen hat der
Kampf gegen die Blutrache begonnen, ehe es noch einen festge-
gründeten Staat gab. Dieser Kampf ist hier sichtlich aus dem Frie-
densbedürfnis entsprungen, das aus dem gemeinsamen Götterkult
die Überordnung der Gemeinschaft über den einzelnen von frühe an
und noch unter der unmittelbaren Wirkung der religiösen Heili-
gung des Rechts zur Grundlage der Rechtsordnung erhoben hat.
Hier erscheint die Rechtsgemeinschaft in erster Linie als Friedens-
gemeinschaft, nicht als ein von ihren Mitgliedern zu wechselsei-
tigem Schutze geschlossener Verband, sondern als die natürliche
Bestimmung des Menschen und darum als das letzte Ziel der Kul-
tur. »

l'unité du droit. » (38). Cette progression vers l'idéal ne peut se faire que par des ruptures continues du droit positif; pourtant, ce droit, étant obligatoire par définition, doit avoir un caractère d'inviolabilité (39).

2. — Ne s'ensuit-il pas alors que le droit, quoique obligatoire et inviolable, n'est pas intangible d'une façon absolue. Il en est également ainsi pour le droit international public.

Quand, comment, à quelles conditions peut-il en être ainsi?

Certaines circonstances étant réunies, le droit international doit être révisé. Mais il ne doit pas être révisé par la force, comme le droit interne l'est en cas de révolution. Il doit être révisé grâce aux données du droit naturel dynamique, car ce « droit » s'impose comme devant devenir le vrai droit.

Quel sentiment, ou plutôt quelle réflexion détermine un (chef d') Etat à rester attaché à une norme de droit qui est contraire à ses intérêts, qui le froisse peut-être dans une des prérogatives de sa souveraineté? Nous nous attendons à l'objection que déjà cette manière de poser la question est incorrecte parce que

(38) ERICH CASSIRER, *Natur- und Völkerrecht im Lichte der Geschichte und der systematischen Philosophie*, Berlin, 1919, p. 303 : « Die Ideen von Natur- und Völkerrecht sind rechtliche Ansprüche, welche an Gewissheit den Axiomen der Mathematik vergleichbar, ihre Erfüllung durch allmähliche Reform nach festen Grundsätzen deswegen fordern, weil ihre Verletzung die Einheit des Rechts durchbrechen würde. »

(39) Dans notre composition précitée : *Sur la nature juridique de la situation des étrangers en Chine*, nous avons essayé, en nous appuyant sur la « Clausula rebus sic stantibus », de faire comprendre l'évolution du droit, même en partant d'un point de vue positiviste et purement dogmatique.

l'Etat n'est pas libre de reconnaître ou non une règle du droit international à laquelle il a — par définition — donné son agrément. Pourtant un homme d'Etat, conscient de sa responsabilité, devra toujours se poser cette question. Car, si on estime que le bien-être des individus est le but et la mesure du développement d'un Etat, un chef d'Etat, même s'il est un fidèle serviteur du droit positif, ne pourra pas plaider non coupable, s'il demeure passivement témoin de l'anéantissement des branches de l'activité économique causé par le droit existant, anéantissement qui entraîne l'appauvrissement et la misère. Il lui incombe au contraire l'obligation extrajuridique ou, si l'on veut, de droit naturel, de se demander s'il ne peut pas se libérer de la norme opprimante.

Si une considération doit l'en retenir, ce ne peut être que celle de la puissance politique de son adversaire intéressé au maintien de la norme, ou encore la crainte que les autres membres de la communauté internationale ne soient enclins à reprendre leur « liberté première ». Cette réflexion n'est-elle pas analogue à celle que fait l'entrepreneur qui voudrait provoquer un avilissement des prix du tarif d'un cartel? De même que le cartel remplace l'anarchie économique par le contrat, de même le droit international organise l'état juridique à la place de l'anarchie politique (totale ou partielle). Renier un contrat de cartel et commettre un délit contre le droit international, c'est au même titre restaurer dans sa souveraineté sans limite la rationalité, après l'avoir reconnue comme insuffisante et condamnée comme telle.

Le fait que le droit international est relativement peu assuré dans sa validité, s'explique par la possibilité de la réflexion, consistant à se demander si on préfère ou non la lutte pour un prétendu « droit » subjectif à la tranquillité garantie par le droit objectif, réflexion qui, de son côté, serait impossible si le droit international, était plus solidement établi. En d'autres termes : pour le droit international la question d'être ou de ne plus être se pose tous les jours. Un Etat connaît toujours ses adversaires et sait évaluer leur force. La supériorité des autres vis-à-vis d'un individu à l'intérieur d'un Etat est tellement concentrée et organisée qu'une révolte signifierait la mise hors d'état de nuire. Une allusion à cette idée peut se trouver dans ces paroles de M. G.-A. WALZ : « Chaque grande puissance exerce dans le droit international un rôle dont l'importance est hors de proportion avec celle que représente l'individu, même influent, dans le domaine du droit privé (cf. l'influence qu'a exercée l'Angleterre sur le droit de la guerre maritime). Ici, en effet, son rayonnement d'action, étant donné la stricte séparation entre le droit objectif et le droit subjectif, se trouve être limité en principe à la sphère des relations réalisables par le moyen des actes juridiques, tandis que dans le droit international le droit objectif et la relation de droit apparaissent régulièrement comme un tout uniforme. » (40).

(40) GUSTAV ADOLF WALZ, *Wesen des Völkerrechts und Kritik der Völkerrechtsleugner*, dans : *Handbuch des Völkerrechts*, herausgegeben und mitbearbeitet von FRITZ STIER-SOMLO, I. Band, Stuttgart, 1930, p. 237.

Cependant, en droit interne, la mise en cause du droit existant a lieu constamment. C'est cette manière de poser la question qui amène le renversement du cabinet — chose prévue dans la constitution —, qui conduit aussi à une révolution — chose non prévue dans la même constitution. On ne peut guère raisonnablement nier qu'une révolution, une fois qu'elle a réussi, crée un nouveau droit. Si l'on voulait scruter la légitimité du droit positif, il ne resterait plus de temps pour étudier le contenu même de ce droit. On s'est habitué à parler de la force normative du fait accompli (normative Kraft des Faktischen). KANT s'est prononcé en faveur du nouvel ordre : « Du reste, lorsque la révolution a une fois réussi et qu'une nouvelle constitution a été établie, le fait qu'il a été illégitime de l'entreprendre et de l'accomplir ne peut pas délivrer les sujets de l'obligation de s'incliner en bons citoyens devant le nouvel ordre des choses, et ils ne peuvent pas se refuser à obéir honnêtement à la nouvelle autorité qui détient le pouvoir. »⁽⁴¹⁾. Et,

258 : « Die einzelne Grossmacht (Englands Einfluss auf das Seekriegsrecht), spielt im Völkerrecht eine ungleich grössere Rolle, als etwa der einzelne besonders Einflussreiche im Bereich des Privatrechts, wo seine rechtliche Einwirkungsmöglichkeit bei der scharfen Trennung zwischen objektivem und subjektivem Recht von vornherein grundsätzlich auf die Sphäre der rechtsgeschäftlich zu realisierenden Rechtsverhältnisse beschränkt ist, während im Völkerrecht objektives Recht und Rechtsverhältnis regelmässig in ungeschiedener Einheit auftreten. »

(41) IMMANUEL KANT, *Metaphysische Anfangsgründe der Rechtslehre*. Vorländer'sche Ausgabe, 1907, p. 147 : « Übrigens, wenn eine Revolution einmal gelungen und eine neue Verfassung gegründet ist, so kann die Unrechtmässigkeit des Beginnens und der Voll-

en vérité, « ce qui ne paraît à l'observateur superficiel que le triomphe de la violence se manifeste souvent, à celui qui va au fond des choses, comme le produit nécessaire de rapports naturels, et d'une pression irrésistible. Les éléments légitimes de la vie des peuples repoussent les formes usées d'un droit vieilli, comme au printemps les plantes renaissantes secouent le feuillage flétri de l'hiver » (42). La révolution n'est juridiquement ni jugeable ni condamnable. Ainsi la question du droit aux révolutions n'appartient pas, pour rapporter un propos de M. FELIX DAHN (43), au chapitre : « Philosophie du droit », mais au chapitre : « Histoire », quant au résultat, et au chapitre : « Morale », quant au motif.

On ne peut pas condamner la révolution en faisant appel à la morale, car « faire intervenir l'idée des forces morales, cela suppose nécessairement un critérium du bien et du mal, indépendant de l'homme, car si le bien se confondait avec la volonté, c'est-à-dire pratiquement avec l'intérêt d'un homme, ou de quelques-uns, comment serait-il obligatoire pour les autres? » (44).

führung derselben die Untertanen von der Verbindlichkeit, der neuen Ordnung der Dinge sich als gute Staatsbürger zu fügen, nicht befreien, und sie können sich nicht weigern derjenigen Obrigkeit ehrlich zu gehorchen, die jetzt die Gewalt hat. » (Citation tirée du livre précité de ERNST BELING, p. 19.)

(42) BLUNTSLI, dans son livre : *Das moderne Völkerrecht der zivilisierten Staaten als Rechtsbuch dargestellt*. Citation tirée du compte rendu de G. ROLIN-JAEQUEMYS, « *Revue de droit international et de législation comparée* », I (1869), p. 291.

(43) FELIX DAHN, *Die Vernunft im Recht*, p. 216. Citation tirée du livre précité de ERNST BELING, p. 44.

(44) LOUIS LE FUR, *La doctrine du droit naturel*, loc. cit., p. 386.

Il ne suffit pas non plus d'en appeler à la justice immanente de l'histoire pour condamner la révolution. « L'expérience nous conduit à reconnaître un pouvoir répressif dans cette force de réaction, dans ce mobile d'équilibre et de justice, dont l'univers ressent l'influence. » (45). « Il n'y a pas d'acte politique qui ne puisse être commis impunément, parce qu'il n'y en a pas qui ne produise pas de conséquences... C'est dans cet enchaînement nécessaire qu'est la sanction du droit des gens. » (46). Cette argumentation essentiellement statique, rappelant d'ailleurs ce qu'on objectait souvent aux ouvriers demandant une augmentation des salaires, ne vient pas à notre aide dans le monde des faits, où l'on ne pourra défendre à personne de préférer une certitude d'amélioration immédiate à la chance d'un avantage futur.

Ainsi si on admet que la révolte dirigée contre le droit existant est créatrice d'un droit nouveau, cela signifie que le recours à la force est envisagé comme source du droit. Or ce recours est considéré comme parfaitement admissible dans le droit interne de l'Etat. Mais — ce qui paraît d'ailleurs être un paradoxe, puisque l'on considère d'une façon générale ce droit interne comme plus stable que le droit international — on n'a pas hésité dans la science du droit international à le proscrire comme étant contraire au principe de tout droit. VERGÉ n'a pas raison d'appeler une « doctrine déshonnête » cette « théorie

(45) ALB. FRITOT, *Cours de droit naturel, public, politique et constitutionnel*, t. I, Paris, 1927, p. 176.

(46) TH. FUNCK-BRENTANO et ALBERT SOREL, *op. cit.*, p. 8-9.

dite des faits accomplis », ni de dire : Elle « ne croit qu'au succès, se prête à tous les changements, pourvu qu'ils durent; elle condamne et approuve les mêmes choses, suivant qu'elles échouent ou qu'elles réussissent; elle prétend suivre seulement le courant de l'humanité et refléter par ses variations la variété même des événements : au fond elle est contradictoire avec ce qu'il y a de plus élevé dans notre nature et aussi de plus stable, avec l'essence même du droit. » (47). VERGÉ méconnaît que le droit lutte côte à côte avec le progrès; qu'il est dans les faits mêmes, que le présent, qui est — selon la parole de LEIBNIZ — « gros de l'avenir », ne peut pas ne pas le faire naître.

On pourrait même presque dire que le révolutionnaire a le meilleur droit de son côté, puisqu'il aide à faire triompher le droit de demain. En effet, puisqu'on ne peut, en toute bonne foi, empêcher personne de placer ses propres intérêts — c'est-à-dire, au sens le plus large du mot : tout ce à quoi l'on peut être intéressé — au-dessus de ceux d'autrui, même si ceux-ci sont sanctionnés par un droit, il s'ensuit naturellement la légitimation extrajuridique et même l'obligation de transformer et de réformer le droit, à moins que l'on ne nie que le droit soit créé pour être utile à l'homme.

Finalement cette légitimation extrajuridique n'est que la légitimation donnée par le droit naturel dynamique.

(47) M. CH. VERGÉ, *op. cit.*, p. xx.

Aussi, en droit international, l'Etat, qui, dans le rôle politique et économique qu'il est appelé à jouer dans le monde, se trouve gêné par le droit international positif, s'appuie sur les données qui sont à la base du droit naturel dynamique et est fondé ainsi à exiger la modification sur cette base du droit international existant. Un droit international qui ne correspondrait pas au pouvoir, aux faits politiques et économiques, n'aurait pas de raison d'être.

Les faits sont donc décisifs dans le monde du droit positif. M. HANS Kelsen même ne peut pas renoncer à une pareille conception. Arrivé au plus haut degré de l'ordonnement juridique, il doit reconnaître que la source du droit est dans le domaine des faits (« das Faktische »). M. ERICH KAUFMANN⁽⁴⁸⁾ a donc raison d'affirmer que ce n'est pas seulement le droit international, mais le droit tout entier qui tire sa validité de la réalité. Nous irons même plus loin. A quoi bon chercher à déguiser le caractère illégitime de l'origine du droit, à quoi bon vouloir toujours refondre les bases du droit à chaque époque de son évolution? Pourquoi ne cherche-t-on pas à comprendre *juridiquement* la continuité historique? N'est-il pas possible de trouver une théorie qui embrasse les normes successives en ne laissant plus apparaître de solutions de continuité? Pourtant, « modifier la constitution de telle sorte qu'à l'avenir un renversement violent ne soit pas interdit,

(48) ERICH KAUFMANN, *Kritik der neukantischen Rechtsphilosophie. Eine Betrachtung über die Beziehungen zwischen Philosophie und Rechtswissenschaft*, Tübingen, 1921, p. 32.

serait de nature à ébranler le droit dans ses assises. Si la constitution n'est juridiquement obligatoire que tant qu'elle n'est pas attaquée en fait, son établissement en tant que droit est dépourvu de toute valeur et de tout sens. Le « droit » constitutionnel n'existerait alors qu'en apparence. Un pareil ordonnancement juridique sombrerait lamentablement au premier choc. Un ordonnancement juridique qui laisserait aux deux parties en lutte les mêmes latitudes serait condamné à perdre toute son autorité. Dès la première manifestation d'un soulèvement contre l'ordre ancien, il n'y aurait plus de droit en vigueur. » (49).

La révolution sera donc toujours illicite d'après le droit, qu'elle vient renverser. Mais il faut que nous détruisions pour reconstruire toujours les nouvelles formes dont nous avons besoin pour pouvoir vivre; autrement nous ne pourrions pas rester en vie (ERICH KAUFMANN) (50). Mais est-il vrai que la formation et la création du droit ne peuvent ni plus ni moins se comprendre et se prévoir par la seule raison que l'art

(49) ERNST BELING, *op. cit.*, p. 34 : « Aber die Staatsverfassung selber von vornherein so zuzuschneiden, dass künftige gewaltsame Umschichtung unverboden bleibt, müsste das Recht in seinen Grundfesten erschüttern. Wenn sie nur auf solange rechtlich gesollt ist, als sie tatsächlich unangefochten bleibt, so hat ihre rechtliche Festlegung überhaupt keinen Wert und Sinn. Das Verfassungs- « Recht » besteht dann nur zum Schein. Und eine solche Rechtsordnung würde im Augenblick des Zusammenstosses kläglich versagen. Eine Rechtsordnung, die von vornherein beiden Streittheilen einen Freibrief gäbe, würde damit abgedankt sein. Vom Augenblick des ersten Schrittes einer Auflehnung gegen die alte Ordnung gäbe es kein geltendes Recht mehr. »

(50) ERICH KAUFMANN, *op. cit.*, p. 401.

créateur est la technique productive? Peut-être « la politique du droit n'est-elle pas une science. Elle est plutôt un art et une technique : un art en tant qu'elle est création du droit, une technique en tant qu'il s'agit de sa formation. Dans la politique du droit, un zèle irrationnel pour l'idéal s'unit d'une manière pragmatique à la volonté fondée sur la raison. La politique du droit n'a une théorie qu'en tant qu'art et technique. Les problèmes philosophiques de l'esthétique normative et de l'histoire de l'art trouvent ainsi un pendant dans la philosophie du droit » (31).

N'oublions pas que le fondement matériel du droit, ses bases historiques, sociales et morales donnent lieu à des études très approfondies, qui, si elles ne peuvent pas toujours faire prévoir les progrès du droit, peuvent au moins les faire comprendre. Elles permettent même parfois — si la forme juridique ne correspond plus aux exigences de la vie — d'exiger la transformation du droit positif afin de prévenir sa transformation par voie violente.

3. — La formation et le développement du droit ne se font jamais que par le moyen d'une action hu-

(31) WILHELM GLUNGLER, *Rechtsschöpfung und Rechtsgestaltung*, München, 1930, p. 72 : « Rechtspolitik ist also nicht Wissenschaft. Rechtspolitik ist vielmehr Kunst und Technik. Als Rechtsschöpfung ist sie Kunst, als Rechtsgestaltung Technik. Irrationales Zielstreben und rationales Zweckwollen sind in der Rechtspolitik pragmatisch zusammengefasst. Wie die Kunst und die Technik und nur in diesem Sinne hat die Rechtspolitik eine Theorie. Die philosophischen Probleme der normativen Ästhetik und der kunsthistorischen Deutung haben hier ein rechtsphilosophisches Gegenstück. »

maine, bien que d'autres conditions, devant être réalisées préalablement, y contribuent. On ne pourra pas compter le droit parmi ces phénomènes qui naissent et croissent indépendamment de la pensée et de la volonté humaines. « Le droit n'est pas une plante » (« Das Recht keine Pflanze »), disait RUDOLF VON IHERING. La vie n'exige pas des lois historiques, qui généralisent indifféremment les buts et les intérêts si différents, elle demande des idées d'un contenu précis, les idées de bien, de liberté, de progrès, pouvant servir de critères soit au droit existant, soit aux tendances du droit de demain. « On ne peut pas faire du droit sans un minimum de philosophie et même de métaphysique. »⁽⁵²⁾. « Dans la pratique du droit international, qui certes dépend bien plus que la pratique des autres disciplines des tendances de force et de puissance des sujets, une conception morale rencontrera toujours de grandes difficultés. Mais cela ne devrait pas empêcher le juge indépendant ou le professeur de droit international de défendre ces principes idéaux. »⁽⁵³⁾. Ainsi, serait-ce le plus beau succès de tous ceux qui collaborent au droit international que de faire triompher d'une façon décisive l'idée de

(52) LE FUR, *La théorie du droit naturel*, loc. cit., p. 263.

(53) EDUARD HIS, dans sa réponse à l'enquête : *Jus naturae et gentium*, loc. cit., p. 144 : « In der Praxis des Völkerrechts, die ja mehr als die Praxis anderer Disziplinen von Gewalt- und Machtbestrebungen der Subjekte (Staaten) abhängig ist, wird eine... sittliche Auffassung stets grossen Schwierigkeiten begegnen. Das sollte einen unabhängigen Richter oder Lehrer des Völkerrechts aber nicht abhalten jene idealen Grundsätze zu verfechten. »

la paix, qui est vraiment partout où il y a un droit international, que d'écarter, sans entraver la progression du droit, le « droit de la guerre » du système du droit international public, comme l'on a réussi à éliminer du droit privé la notion de la justice que l'on se fait à soi-même (« gewalttätige Selbsthilfe »).

« Ne reste mort que ce qui est destiné à assurer le maintien des choses acquises; la force qui se dirige vers des buts trop éloignés, aussi idéalistes soient-ils, est gaspillée de façon insensée. La loi qui régit le monde vivant est de faire face aux nécessités en toute liberté. » (54). L'aspiration vers l'idéal ne doit pas nous faire oublier que le monde qui nous entoure est imparfait. Mais si nous ne pouvons pas le modeler selon nos idées, il ne s'ensuit pas que nous devons nous incliner devant un « droit » hétéronome. Même si nous nous y soumettons, si nous cédon à la force, il ne nous faut pas perdre la personnalité de notre conviction. Ainsi dit LÉON DUGUIT : « Nul n'est obligé d'obéir à une loi, quand elle est contraire au droit » (55), c'est-à-dire au droit autonome. Pour trouver l'adhésion du plus grand nombre possible de sujets, la loi doit répondre « aux tendances, aux besoins, aux aspirations, aux sentiments de la masse des individus composant le groupe » (56). Peu importe si nous

(54) E. WOHLHAUPTER, *Grundfragen der Rechtspolitik. Separatabdruck aus den « Mitteilungen der juristischen Fachgruppe »*. München, 1931.

(55) LÉON DUGUIT, *Traité de droit constitutionnel*, 3^e éd., t. II, Paris, 1928, p. 196.

(56) LÉON DUGUIT, *opus cit.*, t. I, Paris, 1927, p. 171.

voyons ou non dans ces données empiriques un droit tout fait, qui ne serait qu'à constater. La volonté de l'État est liée et limitée par des faits déterminateurs du droit, mais préjuridiques et métajuridiques qu'il est nécessaire de connaître, si l'on veut collaborer à la formation et au développement du droit. La volonté de l'État étant « déterminée par les inspirations uniformes dérivant de causes uniformes d'ordre matériel et d'ordre moral, qui se modifient en même temps que les conditions matérielles du monde et qui subissent des changements à mesure que la conscience collective et les exigences de la vie en société se développent et se perfectionnent » (57), « un manière purement historique et dogmatique de traiter le droit international, ne signifie pas autre chose que d'enlever une plante à son sol nourricier » (58). C'est le mérite inoubliable de LÉON DUGUËR d'avoir démontré qu'une pareille conception du fondement du droit n'émane pas d'une notion métaphysique d'un droit naturel, mais qu'elle est, au contraire, basée sur un positivisme, non pas sur un positivisme étroit et dogmatique, mais sur un po-

(57) ENRICO CATELLANI, dans sa réponse au questionnaire : *Jus naturae et gentium*, loc. cit., p. 119 : « ... è determinata da ispirazioni uniformi derivanti da uniforme cause d'ordine materiale e d'ordine morale. Queste cause variano, col mutare delle condizioni materiali del mondo e col modificarsi e perfezionarsi della coscienza collettiva e delle esigenze della socialità. »

(58) WALTHER SCHÜCKING, *Die Organisation der Welt*, Leipzig, 1909, p. 7 : « Die rein rechtshistorische und dogmatische Behandlung des Völkerrechts heisst nichts anderes als die Entfernung dieser Pflanze aus dem natürlichen Nährboden. »

sitivisme compréhensif (verstehende Jurisprudenz) (59).
 « Cette attitude positiviste... seule peut à la fois permettre des recherches faites dans un esprit vraiment scientifique et satisfaire le besoin d'idéal inhérent au cœur de tout homme civilisé » (60).

(59) Allusion au terme de M. WERNER SOMBART : « Verstehende Nationalökonomie ». Cf. WERNER SOMBART, *Die drei Nationalökonomien*, München und Leipzig, 1930.

(60) LÉON DUGUIT, *Le pragmatisme juridique. Conférence faite à l'Université de Coimbre* le 3 décembre 1923, Coimbra, 1924, p. 9-10.

VU, BON A IMPRIMER :

VU : *Le Doyen*,
 J.-G. FERRON.

Le Président,
 R. BONNARD.

VU ET PERMIS D'IMPRIMER :

Bordeaux, le 20 juin 1931.

Le Recteur de l'Académie,
Pour le Recteur,
Le Vice-Président du Conseil de l'Université,

C. SIGALAS.

Les visas exigés par les règlements ne sont donnés qu'au point de vue de l'ordre public et des bonnes mœurs. (Délibération de la Faculté du 12 août 1879.)

NOMS D'AUTEURS

Ancillon, 65.
Saint Augustin, 30.
Austin, 50.
von Beling, 16, 72, 86.
Bergbohm, 31, 45.
Bluntschli, 4, 82.
Bonnard, 62, 74, 75.
Brie, 58.
Brierly, 62.
Brown, 67.
Cassirer, 48, 78.
Catellani, 90.
Cavaré, 74.
Condorcet, 24.
Constant, 50.
Dahn, 82.
Davy, 39, 73.
Duguit, 89, 91.
Fouillée, 2.
Frank, 46, 51 s.
Fritot, 83.
Funck-Brentano, 63, 83.
Gény, 13, 42, 49.
Glunzler, 87.
Grotius, 48, 51, 58, 59.
Hauriou, 60.
Held, 56 s.
Héraclite, 27.
His, 88.
Ihering, 5, 11, 88.
Jodl, 23, 28, 33, 53, 56.
Jung, 16, 39, 43, 47.
Kant, 77, 81.
Kaufmann, 85, 86.
Keller, 2, 6, 59, 64, 78.
Kelsen, 31, 61, 85.
Laun, 7, 17, 32, 74, 75.

Le Fur, 53, 58, 68, 70, 82, 88.
Leibniz, 84.
von Liszt, 50.
de Maistre, 47.
Mangin, 29.
Mill, 41.
von Mitrofanov, 30.
Montaigne, 38.
Moras, 24.
Newton, 48.
Nietzsche, 4.
Nys, 58.
Pachmann, 17, 38, 42, 54.
Piloty, 43.
Politis, 66.
Pufendorf, 58.
Radbruch, 44.
Réglaide, 73.
Renault, 65.
Ricardo, 37, 42.
Ross, 16, 49.
Comte de Rostworowski, 66.
Rousseau (Charles), 76.
Rousseau (J.-J.), 42.
Rühland, 26.
Schiffer, 44, 69.
Schiller, 3.
Schlitter, 30.
Schücking, 39, 41, 51, 90.
Sombart, 5, 10, 90.
Somló, 1, 15.
Sorel, 63, 83.
Stammeler, 70.
Strisower, 33, 43.
Strupp, 33.
Taine, 19.
Thoma, 60, 61.

Saint Thomas d'Aquin, 12.	Weber (Adolf), 21.
Triepel, 22.	Weber (Max), 20.
Vattel, 58.	Windelband, 64.
Verdross, 22.	Wohlhaupter, 89.
Vergé, 34, 83.	Wolff, 39, 47, 88.
Voltaire, 24.	Wundt, 77.
Walz, 80.	

